



Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Criminológicas
Escuela de Derecho
Departamento de Derecho Procesal



Rechtsstaat

Estado de Derecho



Universidad de Heidelberg y
Universidad de Los Andes
primera universidad y escuela de derecho

REVISTA DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA
Año 4 ° N°8 Julio - Diciembre 2022
DEPOSITO LEGAL: ME2018000132
ISSN: 2739-0330



ula
Girovom
Grupo de Investigación
Robert Von Möhl



UNIVERSIDAD
DE LOS ANDES
MERIDA VENEZUELA

Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Criminológicas
Escuela de Derecho
Departamento de Derecho Procesal



Rechtsstaat Estado de Derecho



Año 4 ° N°8 (julio - diciembre 2022)



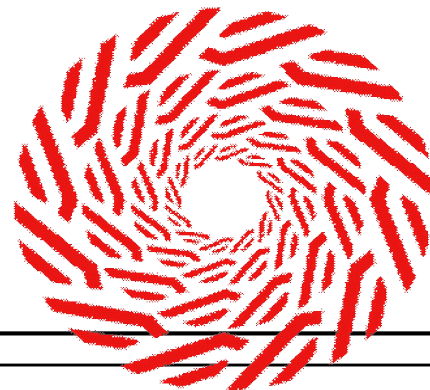
Universidad de Heidelberg y
Universidad de Los Andes
primera universidad y escuela de derecho



ula
Girovom
Grupo de Investigación
Robert Von Möhl

Rechtsstaat

Estado de Derecho



2

Editor en Jefe:

Abdón Sánchez N.

Editor Adjunto:

Jean-Denis Rosales Gutiérrez

Comité Editorial:

Aura M. Morillo P. (ULA)

Edualis Navas (ULA)

Alex David Hernández (ULA)

Frank Rivas Torres (ULA)

Enrique Abraham Andara (ULA)

Comité de Arbitraje:

Carlos García Soto (UMA)

Ramsis Ghazzaoui (UCAB)

José Gregorio Silva Bocanay (UCV)

Carlos Luis Carrillo Artilles (UCV)

Jesús María Alvarado Andrade (UCV)

Servillano Abache Carvajal (UCV)

Alberto Blanco Uribe-Quintero (UCV)

Ronald Chacín Fuenmayor (LUZ)

David Gómez Gamboa (LUZ)

Consejo de Redacción y/o Asesor:

Daniela Urosa Maggi (UMA)

Ninoska Rodríguez Laverde (UCAB)

Paula Bianchi Pérez (ULA)

Francisco Ferreira Abreu (ULA)

Autoridades Universitarias:

Rector: Mario Bonucci Rossini

Vicerrectora Académica: Patricia Rosenszweig Levy

Vicerrector Administrativo: Manuel Aranguren Rincón

Secretario: Manuel Morocoima

Decano FACIJUP: José Antonio Rivas Leone

Depósito Legal: ME 2018000132

ISSN: 2739-0330 (en línea)

Portada:

José R. Huggins Vera

Diagramación y Diseño:

Lilian Susana Morales Alcoreza

Logo:

Logo University of Heidelberg

Uni Heidelberg

Sello de la Universidad de Heidelberg

<http://erevistas.saber.ula.ve/Rechtsstaat>

rechtsstaat@gmail.com



LA REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO, POSEE ACREDITACIÓN DEL CONSEJO DE DESARROLLO CIENTÍFICO, HUMANÍSTICO, TECNOLÓGICO Y DE LAS ARTES, UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (CDCHTA-ULA).

LA REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO, ASEGURA QUE LOS EDITORES, AUTORES Y ÁRBITROS CUMPLEN CON LAS NORMAS ÉTICAS INTERNACIONALES DURANTE EL PROCESO DE ARBITRAJE Y PUBLICACIÓN. DEL MISMO MODO APLICA LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS POR EL COMITÉ DE ÉTICA EN PUBLICACIONES CIENTÍFICAS (COPE). IGUALMENTE TODOS LOS TRABAJOS ESTÁN SOMETIDOS A UN PROCESO DE ARBITRAJE Y DE VERIFICACIÓN DE PLAGIO.

LAS OPINIONES EXPRESADAS EN ESTA PUBLICACIÓN NO REPRESENTAN NECESARIAMENTE EL PENSAMIENTO DE LA REVISTA Y SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES.

TABLA DE CONTENIDO

EDITORIAL

-  Presentación al Octavo Número de la Revista 05-09

Profesor Abdón E. Sánchez Noguera

ARTÍCULOS ORIGINALES

-  Principios del estado de derecho: (una pincelada histórica) 11-24
Rule of law principles: (a historical brushstroke)

Allan R. Brewer-Carías

-  Sobre la forma en el derecho administrativo 25-52
About the form in the administrative law

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

-  El control judicial y las nuevas tendencias procesales en la provincia de Corrientes, Argentina: principales innovaciones 53-67
Judicial control and new procedural trends in the province of Corrientes, Argentina: main innovations

Luis Eduardo Rey Vázquez

-  Niños, niñas y adolescentes migrantes sin registro de nacimiento en la frontera: Guajira - Maicao 69-92
Right to identity of children and teenagers on the Colombian -Venezuelan border: Guajira - Maicao

Suhail Echeto y Innes Faría Villareal



-  Líneas de investigación derivadas del ante-proyecto de ley de convivencia escolar pacífica. Compromisos, posibilidades y desafíos de las comunidades científicas venezolanas frente al acoso escolar 93-120

Research lines derived from the draft law for peaceful school coexistence. Commitments, possibilities and challenges of the Venezuelan scientific communities in the face of bullying

Jesús Morales Carrero

SEMILLERO ACADÉMICO

-  El salario mínimo como derecho humano fundamental en Venezuela 121-138
The minimum wage as a human right fundamental in Venezuela

Gerardo José Zambrano Mesa

ADDEMDUM JURISPRUDENCIAL

-  Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: «La Figura de la Reelección Presidencial Indefinida en Sistemas Presidenciales en el Contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos» 139-144

Angello Javier Peña Barrios

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

-  Robles Vásquez, J.-Tovar Silva, Y. G. (2016) «Teoría Jurídica Crítica Norteamericana: Una Introducción a los Critical Legal Studies» Series Estudios Jurídicos N° 300. UNAM. México D.F., Venezuela. Págs. 201. 145-148

Jean-Denis Rosales Gutiérrez

PRESENTACIÓN AL OCTAVO NÚMERO DE LA REVISTA

Me complace llevar a cabo la presentación del Octavo Número de la Revista **«Rechtsstaat: Estado de Derecho»**. En esta ocasión se muestran trabajos de especial valor académico tanto de Profesores de distintas Universidades de la República de Venezuela (UCV, ULA y LUZ), como del Reino de España y la República de Argentina; es preciso indicar que, en estas producciones intelectuales se aprecia el compromiso con el avance de la ciencia jurídica, pues su energía intelectual se erige como transmisora del sentido acucioso y reflexivo, al demostrar su estrecha afinidad con la invaluable tarea de impulsar la investigación en sus referidas casas de estudio, así como mantener activa la chispa de inquietud científica en el alumnado y en los investigadores de la Escuela de Derecho de la ULA, quienes al leer trabajos procedentes de diferentes orígenes y latitudes, procurarán consumir el objetivo final del servicio público prestado por nuestra Universidad a la colectividad, el cual gira en torno al acercamiento de aportes intelectuales que garanticen el cumplimiento de los fines de la producción de conocimiento para el alcance de la calidad de vida y el bienestar integral de humanidad.

Hoy, la heroica Universidad de Los Andes (ULA), a través de su Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Criminológicas, y en especial, de sus Direcciones de Escuela, Departamentos, Cátedras y múltiples Coordinaciones de Post-Grado, deciden mantener un paso firme de lucha contra la difícil situación económica que atraviesa la nación venezolana, instando a sus alumnos a superar las adversidades que determinan la permanencia formativa en las aulas de clase. Es importante decir, que pese a los poderosos factores desencadenantes de deserción estudiantil (que hoy todavía hay, pero un poco menos) y la completa apatía que albergan los alumnos por los estudios universitarios -al tener en sus mentes la idea de trabajar para subsistir con preferencia a la de estudiar- y que la juventud venezolana sigue considerando, que se hace imperioso insistir en promover que vale la pena estudiar y formarse para reconstruir a nuestra nación, condición que ha llevado a muchos a asumir el compromiso de compaginar sus estudios con el trabajo.

Si a comienzos del siglo XXI venezolano, la tendencia era distinguir a una mayoría que solo estudiaba, frente a un grupo un poco inferior que trabajaba y estudiaba. Hoy en día, esa tendencia se revierte por completo. Debo decir, que en mis gratas conversaciones con los alumnos de la Carrera de Derecho, es posible concluir que: *la mayoría trabaja y estudia*; muchos vinculados con el mundo del derecho, otros no. Pero, me queda la grata y común respuesta de muchos de ellos: *«Vale la pena! Así valoraré más el esfuerzo de graduarme, porque no me fue dado, ya que me lo gané con mi tesón»*. Debo decir, que al impartir Derecho Procesal Civil II (Procedimientos

Especiales)- una de las últimas asignaturas de la carrera de Derecho- me enorgullece escuchar esas respuestas casi mecánicas de los alumnos, muy cercanos a convertirse en profesionales del derecho de la República. Significa, que entendieron a cabalidad el verdadero *valor jurídico del trabajo* para construir una Nación, en nuestro caso, la reconstrucción.

Que importante es el mensaje del artículo 3 de la Constitución de 1999 que de manera muy resumida dice, «...*que para promover la prosperidad y el bienestar del pueblo... la educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines*». Pero más importante aún, que las Universidades sean el epicentro de esas 2 aseveraciones lapidarias anteriormente mencionadas, y que refieren a requerimientos para construir una sociedad justa, amante de la paz y sumamente próspera, no sólo desde el punto de vista material, sino espiritual. Una, la aseveración lapidaria de los alumnos; la otra, el enunciado de nuestra Constitución. Cuando veo el empeño de todos esos jóvenes, que están próximos a graduarse, puedo afirmar divinamente, que la Constitución, todavía no está muerta. Al contrario, creo, que porque nosotros como miembros del profesorado, nos encontramos en la sublime faena de vivificarla, a través de nuestras continuas evocaciones en las aulas de clases, de tal manera, que cuando asistimos a nuestras clases de Derecho, y educamos con la idea del Derecho en la mente, ya no sólo traemos en vigor a la Constitución, sino a nuestro proyecto de Nación, y que deseamos edificar con gran disciplina a un «*nuevo hombre*»: ¡*Estamos luchando por mantener al Derecho con vida, desde la Universidad!*

Si bien es cierto, que el Derecho se lucha en los tribunales y en las calles como mencionaba el jurista alemán del siglo XIX **Rudolf von Ihering** en su Obra «*Der Kampf ums Recht*» (1872) o «*La lucha por el Derecho*», que según sus ideas, «*el Derecho es una idea que parte de su propia antítesis, es decir, por un lado tiene el objetivo de conseguir la paz social, y por otro es, en esencia, la lucha contra aquello que la perturba. Así, el Derecho se encargaría de dictar normas que regulasen las relaciones dentro de una sociedad, y a la vez, se encargaría de luchar contra el injusto jurídico*»; el Derecho también se lucha en las aulas Universitarias, a través de sus diferentes Escuelas de Derecho, sembrando el espíritu crítico en el alumnado con relación al mal proceder estatal, pues la enseñanza del Derecho «*debe basarse en la lucha contra la injusticia, ya que de lo contrario, éste se negaría a sí mismo*»; estamos, enseñando el Derecho desde el ejemplo, de aquello que es injusto, y en clara comparación con otras naciones de Latinoamérica.

Según **Rudolph Von Ihering**, «*todo derecho subjetivo es el resultado de un pulso, de una fricción social, y que por lo tanto, primero es la lucha y después el Derecho.*» De esta manera afirma en *Der Kampf ums Recht* que «*todo Derecho en el mundo tuvo que ser adquirido mediante la lucha*». Podría afirmarse lo mismo en Venezuela en torno a la idea de recuperar los derechos educativos, que afecta también al profesorado, a obreros y empleados de las universidades públicas, realidad de la que no escapa la Universidad de Los Andes. Una lucha que está sometida al cambio por la continua confrontación de los sujetos por defender sus intereses, en lo referido al derecho subjetivo, y por eliminar la injusticia, en lo referido al derecho en su conjunto.



Hoy, orgullosamente, debo decir, que sale publicado el primer número de nuestra revista con solo autores que ostentan el grado de **Doctor en Derecho**, o, que al menos, uno de ellos, está próximo a Doctorarse en mayo. El primer trabajo fue elaborado por el jurista más importante de la historia de Venezuela, el Profesor **Allan Randolph Brewer-Carías**, quien con un trabajo sumamente propicio para la Revista, presenta «*Principios del Estado Derecho: Pinceladas Históricas*», explicando la evolución histórica del Estado de Derecho desde sus orígenes con el *rule of law* inglés, el *regne de la loi* francés, y por último, el Estado Derecho, que acabó siendo acuñado por los alemanes con la idea del *Rechtsstaat* desde su aproximación básica. El Profesor **Brewer-Carías** explica de una forma bastante didáctica, que el Estado de Derecho descansa conceptualmente de una manera básica en seis principios, que no sólo enuncia, sino que explica de forma bastante precisa: 1) la Supremacía Constitucional, 2) la Legalidad; 3) la Separación de Poderes; 4) la Representatividad del Sistema Electoral que gira en torno a la idea de la soberanía constitucional; 4) Las Declaraciones de Derechos y Garantías; 6) La Tutela Judicial Efectiva. En un sentido básico, si la Constitución de un Estado consagra las 6 ideas anteriores, y además, se cumple a plenitud, puede decirse, que fundamentalmente, hay un Estado de Derecho.

El segundo trabajo corresponde al ilustre Profesor **Jaime Rodríguez-Arana Muñoz** (Universidad de La Coruña-España) titulado «*Sobre la Forma en el Derecho Administrativo*», donde el autor expone que la forma en el Derecho, y en las ciencias sociales en general, es una cuestión muy antigua. Que en la filosofía, por ejemplo, animó nada menos que, a Aristóteles a formular su teoría hilemórfica en la que planteaba que los objetos estaban compuestos de materia y forma. La materia sería el sustrato físico que precisa de la forma para que esa realidad sea precisamente la que es. Por tanto, la materia no puede existir sin la forma y la forma no puede existir sin la materia. Son dos caras de la misma moneda que se necesitan, que se dan en una relación de perfecta complementariedad. No es ese el propósito, ni mucho menos, adentrarse en el complejo mundo de la filosofía, de la gnoseología o de la ciencia del conocimiento, pero la teoría hilemórfica tiene –en el mundo del Derecho– gran relevancia, frente a la Moral o a la Ética, que discurren en el plano interior de los seres humanos; el Derecho precisa de la existencia exterior, porque se refiere a la expresión, a la manifestación, a la proyección externa de la justicia, de esa perpetua y constante voluntad de dar a cada uno de lo suyo. La justicia precisa disponer de presencia exterior, lo que acontece a través de todas y cada una de las fuentes del derecho, que no son más ni menos que formas de la misma justicia.

El tercer trabajo corresponde al también ilustre Profesor **Luis Eduardo Rey Vázquez** (UNNE-Argentina) titulado «*El Control Judicial y las Nuevas Tendencias Procesales*». En el presente trabajo se exponen algunas reflexiones derivadas de los cambios operados, y que están en curso en materia procesal, centrando la atención en la *Provincia de Corrientes de Argentina*, donde se han concretado nuevos Códigos Procesales en diferentes materias, y otros que se hallan en trámite parlamentario, pero que presentan notas comunes y que son las que se expresan en ese trabajo. Tales cambios impactan de lleno en una mejora en la calidad regulatoria, y procuran ofrecer al ciudadano una respuesta jurisdiccional efectiva, enarbolando principios y pautas

que apuntan a facilitar el acceso a la justicia y a la comprensión de las decisiones judiciales, especialmente por los sectores más vulnerables.

El cuarto trabajo corresponde a la ilustre Profesora **Innes Faria Villareal** (URU) titulada «*Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes sin Registro de Nacimiento en la Frontera: Guajira – Maicao*». En el presente trabajo, la autora explica la crisis humanitaria y la compleja realidad migratoria en la frontera Colombo-Venezolana, que ha tenido un impacto en el ejercicio del derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes sin acta de nacimiento en situación de movilidad. La identidad es un derecho que permite a niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), a que se les reconozca un nombre, una familia y nacionalidad para acceder a otros derechos, donde el tránsito habitual en la frontera colombo - venezolana estaba restringido desde 2015 por decisión del Gobierno nacional de República Bolivariana de Venezuela, que solo permitía el paso peatonal, pero, que en febrero de 2019, fue cerrada de forma total. Esto ocasionó un incremento de los pasos fronterizos irregulares por los que transitan miles de personas. Con la llegada de las restricciones de la pandemia del Covid-19, se agudizó la crisis humanitaria y la situación de riesgo de estos NNA en movilidad.

La quinta publicación corresponde al Profesor, y próximamente Doctor **Jesús Alfredo Morales Carrero** (ULA) titulada «*Líneas de Investigación Derivadas del Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica. Compromisos, Posibilidades Y Desafíos de las Comunidades Científicas Venezolanas Frente al Acoso Escolar*». En el presente trabajo, el autor apuesta por la convivencia social armónica, que pasa por la necesidad de revisar los factores que impiden su consolidación efectiva, la cual, históricamente se ha visto menguada como resultado de la omnipresente intolerancia que ha configurado las condiciones de rivalidad entre agrupaciones socioculturales; reduciendo la coexistencia y el derecho pleno que le asiste a todo ciudadano de gozar de una vida libre de humillaciones, persecuciones sistemáticas y maltratos que por ubicarle en un estado de inferioridad le invisibilizan dejándolo a merced del poder destructivo de la violencia. Una revisión de los cometidos de esta iniciativa legislativa, se refiere a la transformación del contexto educativo mediante la reducción de los factores de riesgo que atentan contra el equilibrio institucional y el clima positivo/funcional en el que los procesos de enseñanza y aprendizaje se den de manera coherente, ayudando al sujeto a ampliar su dimensión cognitiva y adoptar la flexibilidad del pensamiento para reconocer al otro como un par.

En la Sección del *Semillero Académico*, el alumno **Gerardo José Zambrano Mesa** en su trabajo titulado «*El Salario Mínimo*» expone al trabajo como elemento vital para el ser humano, ya que es el medio para obtener principalmente el sustento. Pero también afirmar, que la necesidad de trabajar, comprende varios elementos que se deben tomar en cuenta, ya que el trabajo es esencial para las personas, pues este involucra el mejoramiento de su calidad de vida, garantizando el bienestar de la sociedad en su conjunto. En el presente trabajo, se aborda un aspecto importante, que implica el derecho al trabajo en su marco jurídico en Venezuela, y su remuneración; su enfoque está enmarcado en conocer aspectos relevantes sobre el salario, particularmente sobre el salario mínimo en Venezuela, y su cuantía, ya que es éste el

que se toma como referencia para fijar las remuneraciones en otras escalas salariales en el país. La estructura del trabajo se desarrolla, mediante la presentación de la problemática de estudio, y en particular del salario mínimo en el contexto venezolano.

En la Sección del **Análisis de Sentencia** el *Magister Scientiae* **Angello Javier Peña Barrios** explica la «*Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: «La Figura de la Reelección Presidencial Indefinida en Sistemas Presidenciales en el Contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos»*» donde expone que la CIDH como «intérprete última de la Convención Americana» (Opinión Consultiva OC-20/09, párr. 18 y Opinión Consultiva OC-26/20, párr. 25) dirime las desacertadas interpretaciones de Tribunales Constitucionales de la región, que señalaron como un «derecho humano» la reelección presidencial y promovieron consecuencias perjudiciales para la institucionalidad democrática. En fin, el concepto de «derecho humano» no debería aplicarse a cualquier asunto que estime un gobernante con ánimos de perpetuarse en el poder; por el contrario, requiere una serie de argumentaciones para tratar un tópico desde ese enfoque, basado en la dignidad del ser humano y considerando otros conceptos como la democracia y el estado de derecho.

Por último, el Doctor Jean-Denis Rosales Gutiérrez realiza una reseña a la obra «*Teoría Jurídica Crítica Norteamericana: Una Introducción a los Critical Legal Studies*» de los mexicanos Robles Vásquez, J. y Tovar Silva, Y. G. del año (2016).

Espero, que el presente número sea de agrado para ustedes.

Profesor Abdón E. Sánchez Noguera

Editor en Jefe de la Revista

«Rechtsstaat: Estado de Derecho»



PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO: (UNA PINCELADA HISTÓRICA) RULE OF LAW PRINCIPLES: (A HISTORICAL BRUSHSTROKE)

Allan R. Brewer-Carías¹

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.08.01>

Fecha de Recepción: 05 de febrero de 2023

Fecha de Aceptación: 25 de febrero de 2023

RESUMEN

La presente exposición teórica acerca del estado de derecho como sistema de organización política de la sociedad actual en el mundo occidental, es aquél regido por una Constitución, que como pacto político debe haber sido adoptado por el pueblo en ejercicio de su soberanía; donde sus representantes electos democráticamente mediante sufragio universal y secreto, gobiernan y ejercen el poder público sometidos a controles conforme al principio de la separación de poderes, y con sujeción plena a la Constitución y a las leyes, garantizando en un marco de primacía a la dignidad humana, y donde los derechos del hombre están constitucionalmente declarados y protegidos, y en el cual los ciudadanos pueden exigir el control judicial de todos los actos del Estado». La idea de la supremacía constitucional, del gobierno representativo fundado en la soberanía popular, de separación e independencia de poderes como garantía de la libertad, la sujeción del Estado y sus poderes al imperio de la ley y del control jurisdiccional de la constitucionalidad y legalidad de los actos de éstos, procura el respeto y garantía de los derechos y libertades. El trabajo constituye un aporte para cualquier reflexión al respecto o intento de reformulación y sus distintas manifestaciones en curso.

Palabras Clave: Estado de Derecho, Principios, Derechos, Garantías.

ABSTRACT

The present theoretical exposition about the rule of law as a system of political organization of current society in the Western world, is that governed by a Constitution, which as a political pact must have been adopted by the people in the exercise of their sovereignty; where their democratically elected representatives by universal and secret suffrage, govern and exercise public power subject to controls in accordance with the principle of the separation of powers, and fully subject to the Constitution and laws, guaranteeing human dignity in a framework of primacy, and where the rights of man are constitutionally declared and protected, and in which citizens can demand judicial control of all acts of the State». The idea of constitutional supremacy, of representative government founded on popular sovereignty, of the separation and independence of powers as a guarantee of freedom, the subjection of the State and its powers to the rule of law and jurisdictional control of the constitutionality and legality of their acts, seeks the respect and guarantee of rights and freedoms. The work constitutes a contribution to any reflection on the matter or attempt to reformulate it and its various ongoing manifestations.

Keywords: Rule of Law, Principles, Human Rights, Guarantees.

¹Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela (UCV).

INTRODUCCIÓN

El Estado de derecho (*état de droit*, *Rechtsstaat*; *stato di diritto*, *rule of law*) como sistema de organización política de la sociedad contemporánea en el mundo occidental, es aquél regido por una Constitución, que como pacto político debe haber sido adoptado por el pueblo en ejercicio de su soberanía; en el cual sus representantes electos democráticamente mediante sufragio universal y secreto, gobiernan y ejercen el poder público sometidos a controles conforme al principio de la separación de poderes, y con sujeción plena a la Constitución y a las leyes, en un marco en el cual la primacía de la dignidad humana está garantizada, y los derechos del hombre están constitucionalmente declarados y protegidos, y en el cual los ciudadanos pueden exigir el control judicial de todos los actos del Estado.

DESARROLLO

1. DEL ESTADO ABSOLUTO AL ESTADO DE DERECHO (UNA PINCELADA HISTÓRICA)

1.1. DEL ESTADO ABSOLUTO AL ESTADO DE DERECHO Y LAS REVOLUCIONES

Ese modelo del Estado de derecho que en el mundo contemporáneo que incluso está formalmente definido en la mayoría de las Constituciones de los países occidentales sancionadas durante el siglo XX, tiene sus raíces en los principios del constitucionalismo moderno que surgieron de la Revolución de independencia de los Estados Unidos de América (1776), de la Revolución Francesa (1789), y de la Revolución Hispanoamérica (1810),² ésta última iniciada en las antiguas provincias de la Capitanía General de Venezuela, mediante las cuales se puso fin al concepto de Estado Absoluto.

En por ello que en la historia política y en el marco del Estado moderno que surgió al terminar la primera mitad de anterior milenio, la forma del Estado de derecho sustituyó a la del Estado absoluto, que había sido producto de la consolidación del poder de los Monarcas frente a la anterior disgregación del régimen feudal.

2. SOBRE EL ESTADO ABSOLUTO

Ese Estado absoluto, en efecto, se había estructurado en Europa apenas comenzó la disolución del régimen feudal como resultado, entre otros factores, del proceso de centralización de poder que dio origen a las monarquías europeas; proceso que

² Véase Allan R. Brewer-Carías (1992). «Reflexiones sobre la Revolución americana (1776) y la Revolución francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno». En (Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías, de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello. N° 1. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. Una segunda edición ampliada fue publicada con el título: (2008) «Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno». Serie de Derecho Administrativo N° 2. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.



condujo paulatinamente a que el poder político se concentrara en un soberano, como una entidad política superior, en contraste con el poder territorial disperso de los barones o señores feudales que debían sujeción al Monarca. De este modo, el Estado moderno surgió como un Estado absoluto, un concepto en el cual la idea de la concentración de poder se unió a la de la soberanía absoluta y perpetua del Monarca, que constituía un poder supremo, en relación a las personas.

Por ello, Bodino, en su *Six Books of a Commonwealth* publicado en 1576, traducido al inglés en 1606, se refirió a la soberanía como la condición para la existencia de un Estado (un *Commonwealth*), señalando que:

La *Commonwealth* puede definirse como+ el Gobierno correctamente ordenado por un poder soberano de una serie de familias, y de aquellas cosas que son de su preocupación común. La soberanía que se denomina en latín, *majestas* es ese poder absoluto y perpetuo ejercido sobre una comunidad...³

Ese Estado moderno, representado en la monarquía absoluta y soberana, fue el que Hobbes denominó el *Leviathan* (1651), como la personificación unitaria de una multitud de hombres. Según sus propias palabras:

Una multitud de hombres se convierte en una persona cuando son representados por un hombre o por una persona; lo que debe realizarse con el consentimiento de cada uno de la multitud, en particular. Porque es la unidad del representante, y no la unidad de los representados lo que hace a la persona una. Y es el representante el que asume la persona y una sola persona; no pudiendo la unidad en una multitud, ser entendida de otra manera.⁴

Ese *Leviathan*, sin lugar a dudas, fue la primera forma del Estado moderno.⁵

Durante los siglos XVI al XVIII, este Estado moderno se identificó con las monarquías absolutas del continente europeo, en las que todo el poder se concentraba en una persona, «el Rey» o Monarca, quien lo ejercía sin ningún tipo de restricción ni control. Además, la soberanía era un atributo personal del Monarca, y por consiguiente, por su origen divino, totalmente exenta de control en su ejercicio⁶. El Monarca sólo tenía un deber, el de garantizar el orden público y la felicidad de sus súbditos en interés del Estado, para lo cual podía acudir, sin límites, a la «razón de Estado»⁷ para justificar sus decisiones, estando exento de toda responsabilidad, pues por esencia, no podía equivocarse.

³ Véase J. Bodin, *The six Books of a Commonwealth*, Londres, 1606 (ed. de Kenneth Douglas Me Rae) Cambridge, Mass. 1962, Libro I. Cap. VIII, p. 84. Cfr. la cita en P. Allott, «The Courts and Parliament: Who's whom?». *Cambridge Law Journal*, N° 38 (1), 1979. p. 104. Este autor cita la traducción de Tooley (1960), Caps. I y VIII del Libro I.

⁴ Véase T. Hobbes, *Leviathan*, (ed. John Plamenatz), Londres 1962. Cap. XVI, p. 171. Cfr. M. M. Goldsmith, *Hobbes' Science of Politics*, NY. 1966, p. 138.

⁵ Véase A. Passerin D'Entrèves, *The Notion of the State. An Introduction to Political Theory*, Oxford 1967, p. 11.

⁶ *Ídem.*, p. 44 y 202.

⁷ *Ídem.*, p. 44.



Tan arraigado estaba este principio, que en un sistema como el británico, la situación sólo cambió en 1947, cuando después de sancionarse el *Crown Proceeding Act*, fue que resultó posible exigir judicialmente responsabilidad a la Corona⁸. Sin embargo, a pesar de ello y contrariamente a la situación de los sistemas continentales europeos, la experiencia británica fue muy particular, en el sentido que el absolutismo no llegó a desarrollarse totalmente en la historia política inglesa, salvo durante un breve período, bajo el *Commonwealth* (1633), e incluso, en ese momento, se ha considerado que fue moderado⁹.

En efecto, en Inglaterra, desde el inicio del Siglo XIII, la autoridad del Rey había comenzado a ser limitada por sus barones, quedando evidenciada esta situación de confrontación en el texto de la *Carta Magna* de 1215, considerada como el origen de la Constitución británica.¹⁰ Esta *Carta Magna*, como se sabe, no estaba destinada a regular supuestos «derechos» a las personas o ciudadanos comunes. En realidad, se trató de un registro escrito de promesas y concesiones hechas por un Rey reticente, buscando la paz, en el cual se procuraba, en una sociedad estamental, salvaguardar los derechos y prerrogativas de las diferentes clases sociales, según sus necesidades; es decir, regulaba en forma separada, los derechos y privilegios del clero, de los nobles, de los comerciantes y de los terratenientes.¹¹

Sin embargo, a pesar de ello, la Carta Magna, con sus cláusulas limitativas al poder absoluto en beneficio de los barones, ha sido considerada en el constitucionalismo como el primer intento de expresar en «forma precisa y en términos jurídicos, algunas de las principales ideas del gobierno constitucional en Inglaterra, de manera que, incluso, la interpretación que de ella han hecho juristas, historiadores y políticos y, principalmente, los tribunales, ha llevado a considerarla como un instrumento que permite salvaguardar las libertades de las personas,»¹² aun cuando, en realidad, los *liberi homines* no estuvieran originalmente incluidos en sus cláusulas.

⁸ Véase J. A. Jolowicz, «Torts», *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI. Cap. 13 (Procedural Questions), pp. 13-41; H. W. R. Wade, *Administrative Law*, Oxford 1971, p. 17.

⁹ Véase I. Jennings, *The Law and the Constitution*, Londres 1972, p. 46. Como lo dijo el mismo autor: «Ningún rey de Inglaterra ha sido nunca visto por sus contemporáneos como un monarca absoluto. Este concepto es desconocido en la ley inglesa». I. Jennings, *Magna Carta*, Londres 1965, p. 13. Recuérdese que el rey Carlos I en el juicio que le fue abierto en el Westminster Hall el 20 de enero de 1649, rechazó abogar en su favor, por no querer reconocer la jurisdicción del tribunal ni de tribunal alguno para juzgarlo. Por ello expresó: «El Rey no puede ser juzgado por ninguna jurisdicción superior en la tierra». Sin embargo, el 21 de enero de 1649 fue sentenciado a muerte. Ver, M. Ashley, *England in the seventeenth century*, Londres 1972, p. 80.

¹⁰ Véase W. Holdsworth (1936) *A History of English Law*, Vol. II, Londres. Cuarta Ed. 1936, Reimpreso 1971, p. 209.

¹¹ *Ídem*, p. 211. En su elaboración participaron activamente los obispos, de manera que incluso los ejemplares manuscritos que se conservan de la carta Magna están en las catedrales de Lincoln y Salisby. Véase Teresa Webber, «Who wrote Magna Carta?», en *The Fountain*. Trinity College Cambridge, Issue 21, Autumn. 2015, p. 8-9.

¹² Véase W. Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. II, *cit.*, p. 211.



En todo caso, en el transcurso de la historia de Gran Bretaña, a pesar del pacto entre el Rey y los barones que contenía la *Carta Magna*, los reyes, para afianzar su poder como *primus inter partes*, tuvieron que continuar luchando contra los señores y propietarios de la tierra, y no siempre triunfaron. Sin embargo, cuando el poder de los barones ya había disminuido por la desaparición del régimen feudal, ya había surgido un Parlamento lo suficientemente fuerte como para limitar la autoridad real, tomar parte de ella, discutir sus límites e incluso, en algunas oportunidades, destronar al Rey, cuando sus ideas y acciones trascendieran los límites que el Parlamento considerara como razonables.¹³

3. SOBRE LA REVOLUCIÓN INGLESA: LA IMPOSICIÓN DEL PARLAMENTO SOBRE EL MONARCA

En este contexto, la Revolución inglesa de 1642 no fue una revolución social como lo fue la Revolución francesa algo más de un siglo después, cuyo objetivo era destruir un sistema de gobierno absoluto y la sociedad estratificada en la cual se basaba. En realidad y, fundamentalmente, la Revolución inglesa fue una revolución política, secuela de una larga lucha política, desarrollada durante más de cuatro siglos, entre el Rey y el Parlamento.

El resultado de la Guerra Civil que estalló en Inglaterra en 1642, y que duró 18 años, en efecto, fue, por una parte, imposibilitar en el futuro el afianzamiento de monarquías personalizadas; y, por la otra, impedir que el Parlamento tratara de perpetuarse en el poder, desafiando a la opinión pública. Por ello, una vez restaurada la Monarquía después de la Revolución, tanto la posición del Rey como la del Parlamento habían quedado alteradas. Particularmente, después de la misma el Parlamento alcanzó una posición que nunca antes había tenido en el Estado moderno, en el sentido de que se transformó en una parte del Gobierno tan permanente como el mismo Rey, dejando de ser el cuerpo al que sólo se llamaba cuando el gobierno real quería ayuda, sancionando para ello las leyes necesarias.¹⁴

Por otra parte, si bien es cierto que como resultado de la Revolución la posición autoritaria del Parlamento se afianzó, ello también ocurrió con la posición de la Ley, que adquirió supremacía, entre otros aspectos, debido al creciente anhelo nacional de verla como verdaderamente suprema, particularmente después de la experiencia que había tenido la Nación bajo el Protectorado, período en el cual Cromwell se había visto obligado a violarla constantemente.

Esa es la razón por la cual Sir William Holdsworth, en su libro, *A History of English Law*, dijo que fue esta alteración en la relación entre el Rey, el Parlamento y los Tribunales y, en consecuencia, entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, lo que llevó a que comenzaran a asumir la posición jurídica que han tenido en el derecho

¹³ Véase I. Jennings, *The Law and the Constitution*, cit., p. 46-47.

¹⁴ Véase W. Holdsworth, *op. cit.*, Vol. VI, p. 161-162.



moderno.¹⁵ Ello, sin duda, fue facilitado por la sanción del *Instrument of Government* de 1653, texto que se ha considerado como la primera Constitución escrita en el mundo moderno,¹⁶ en el sentido de ley superior que el Parlamento no podía modificar.

Pero esa fue una experiencia corta, de manera que la evolución política en Inglaterra hasta la Restauración en 1689, condujo a la victoria final del Parlamento con respecto a los demás poderes del Estado, comenzando así a consolidar su propia soberanía.

Por ello, en virtud de esta supremacía parlamentaria, puede señalarse que un sistema estatal basado en el principio de la legalidad, en el sentido liberal del término, existía en Inglaterra antes de las Revoluciones americana y francesa por lo que fue precisamente un inglés, John Locke, teórico de la revolución inglesa, el que sentó las bases para la doctrina del Estado liberal, que tanto influenció en el derecho continental y en el surgimiento de la noción misma del moderno Estado de derecho.

4. LAS REVOLUCIONES NORTEAMERICANA, FRANCESA E HISPANOAMERICANA

El sistema de Monarquía absoluta, como forma del Estado, dominó la organización política de los Estados europeos desde el Renacimiento y el Descubrimiento hasta finales del siglo XVIII, cuando las Revoluciones norteamericana (1776) y francesa (1789), comenzaron a trastocar todos los principios que hasta entonces habían dominado el constitucionalismo monárquico,¹⁷ dando origen en contraste, al Estado de derecho, es decir, a una forma de organización política en la cual los órganos y autoridades del gobierno del Estado comenzaron a tener su origen en el ejercicio de la soberanía popular, y todos ellos, incluyendo el Monarca, no sólo derivaban sus poderes de la Constitución y la ley, sino que también estaban limitados por ellas.

Esta concepción del Estado de derecho, fue también por la cual optaron los próceres civiles en la América hispana cuando formularon el proyecto político del Estado independiente, el cual fue plasmado por primera vez, tanto en la Constitución Federal de las Provincias de Venezuela de 1811 como en las Constituciones Provinciales que se dictaron en las diversas entidades políticas de la Unión en 1811 y de 1812, rechazando las fórmulas monárquicas, respondiendo a los nuevos principios fundamentales que caracterizan al Estado de derecho.

Ese es el modelo de Estado que se ha consolidado en los últimos doscientos años hasta llegar al concepto integral que caracteriza al Estado Constitucional Moderno

¹⁵ *Ídem*, p. 163.

¹⁶ Véase P. Allot, *loc. cit.*, p. 97.

¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías (1982) «Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus Aportes al Constitucionalismo Moderno». (Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías, de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 1. Editorial Jurídica venezolana. Caracas 1992. Una segunda edición ampliada fue publicada con el título: *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Serie de Derecho Administrativo N° 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008.



contemporáneo como un Estado sujeto a la ley, pero que lógicamente implica mucho más que el «principio de legalidad» o el «imperio de la ley»,¹⁸ en el cual concurrentemente debe existir: *primero*, una Constitución, como norma suprema, a la que los órganos del Estado están ineludiblemente sujetos; *segundo*, un sistema de gobierno democrático representativo elegido por el pueblo, como soberano; *tercero*, un sistema de limitación del poder del Estado mediante la distribución, separación o división del mismo, mediante el cual se controla el ejercicio de poder público como garantía de las libertades públicas; *cuarto*, el principio de legalidad, o la sumisión de todos los órganos del Estado a la ley; *quinto*, la declaración de derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos consagrada en la Constitución que todos los órganos del Estado deben hacer cumplir y garantizar; y *sexto*, un sistema de control judicial o jurisdiccional de la constitucionalidad y legalidad de los actos del Estado ejercidos por tribunales autónomos e independientes.¹⁹

II. LOS APORTES DE LAS REVOLUCIONES QUE CONTRIBUYERON A LA CONFORMACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

1. EL PRINCIPIO DE LA CONSTITUCIÓN COMO LEY SUPREMA

El primer principio que condiciona la existencia del Estado de derecho está la idea de la existencia de una Constitución como una carta política escrita, emanación de la soberanía popular, de carácter rígida y permanente, contentiva de normas de rango superior, inmutable en ciertos aspectos y que no sólo organiza al Estado, es decir, no sólo tiene una parte orgánica, sino que también tiene una parte dogmática donde se declaran los valores fundamentales de la sociedad y los derechos y garantías de los ciudadanos. Hasta finales del siglo XVIII y comienzos del Siglo XIX, esta idea de Constitución no existía, y las Constituciones, a lo sumo, eran cartas otorgadas por los Monarcas a sus súbditos, porque el Monarca era el soberano. Solo cuando el pueblo comenzó a ser el soberano, cambió el sentido de las constituciones.

En esa forma, la primera Constitución del mundo moderno producto de la soberanía popular, fue la de los Estados Unidos de América de 1787, seguida de la de Francia de 1791. La tercera Constitución moderna, republicana, se adoptó en la América hispana, en Venezuela en 1811. La Constitución de Haití de 1804, en realidad fue una de carácter imperial, y posteriormente, en 1812, se dictó la Constitución de la Monarquía española.

La idea de la Constitución como norma suprema, por lo demás, ha conllevado siempre el desarrollo de otros principios que son también inherentes al mismo: por

¹⁸ Hace algunas décadas, la Comisión Internacional de Juristas tradujo «Estado de derecho» al español como». El *imperio de la ley*» (véase el Informe «*El Imperio de la ley en la Sociedades Libres*», disponible en: Rule-of-Law-in-free-society-conference-report-1959. pdf (icj2.wpenginpowered.com)); y en francés como «Le Principe de la légalité» (Ver el Informe *Le principe de la légalité dans une société libre*», 1959; disponible en: Rule-of-law-in-a-free-society-conference-report-1959-fra.pdf (icj2.wpenginpowered.com))

¹⁹ Véase, **Brewer-Carías, A. R.** (2016) «*Principios del Estado de Derecho*», Cátedra Mezerhane sobre Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos. Miami Dade College. Editorial Jurídica venezolana International, Miami, U.S.A.



una parte, el establecimiento de un sistema jerárquico de las normas que conforman el ordenamiento jurídico ubicadas en diferentes niveles según su esfera de validez, establecidos normalmente en relación con la ley suprema, que es la Constitución; y por otra, el de la primacía de la legislación que regula todas las actividades del Estado, tanto la ejecutiva como la judicial, entendiéndose en este contexto por legislación, básicamente, la ley formal, es decir, las leyes sancionadas por las Cámaras Legislativas o parlamento. En el esquema del Estado absoluto, en cambio, no había Constitución en el sentido contemporáneo del término, que regulara y limitara la actividad del Soberano.

2. LA SOBERANÍA POPULAR Y LA REPRESENTACIÓN DEMOCRÁTICA

El segundo principio del Estado de derecho emanado de las dos revoluciones del siglo XVIII, derivó de la idea política del nuevo papel que a partir de ese momento asumió el pueblo como soberano en el proceso de constitucionalización de la organización del Estado. Con esas Revoluciones, como se dijo, las constituciones comenzaron a ser producto de la soberanía popular, y dejaron de ser una mera emanación de un Monarca. Y así fue que en los Estados Unidos de América, las Asambleas coloniales asumieron la soberanía, y dictaron sus Constituciones a partir de 1776, y en Francia, la soberanía se trasladó del Monarca al pueblo y a la Nación; y a través de la idea de la soberanía del pueblo, surgieron todas las bases de la democracia y el republicanismo que también constituyeron otro de los grandes aportes de dichas Revoluciones.

Igualmente, en la América hispana, en Venezuela, la Junta Suprema constituida a partir del 19 de abril de 1810, entre los primeros actos constitucionales que adoptó siguiendo los pasos adoptados ese mismo año en España para la elección de los diputados a Cortes, fue la convocatoria a elecciones de diputados para un Congreso General con diputados representantes de las Provincias que conformaban la antigua Capitanía General de Venezuela. Esos diputados fueron los que en representación del pueblo, el 21 de diciembre de 1811 sancionaron la Constitución Federal de los Estados de Venezuela, luego de haber declarado solemnemente la independencia el 5 de julio, y antes, los Derechos del Pueblo el 1 de julio del mismo año.

Debe mencionarse, por tanto, que del principio de la representatividad del gobierno, particularmente en su concepción norteamericana y francesa, resultaron, además de la concepción de la democracia como régimen político, los sistemas de gobierno democráticos que dominan el mundo moderno, basada en la elección popular de los representantes por parte del pueblo soberano mediante el sufragio; y que ha dado origen a los sistemas de gobierno presidencial y parlamentario. El primero, el presidencialismo, producto de la Revolución Americana; y el segundo, el parlamentarismo, como sistema de gobierno que dominó en Europa después de la Revolución Francesa, y que se aplicó incluso en las Monarquías parlamentarias. Con ellos, la democracia representativa comenzó a formar así parte de las raíces del Estado de derecho.

En la América hispana, el presidencialismo como forma de gobierno se instauró por primera vez en Venezuela, a partir de 1811, inicialmente como un ejecutivo

triunfó, y luego, a partir de 1819, unipersonal; sistema de gobierno que luego se siguió en todos los países latinoamericanos.

3. LA LIMITACIÓN DEL PODER PÚBLICO Y EL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE PODERES

El tercero de los principios del Estado de derecho deriva de la idea de la limitación al Poder Público para garantizar la libertad de los ciudadanos, conforme a la cual las Revoluciones Francesa y Americana aportaron al constitucionalismo moderno la idea fundamental de la separación de poderes como garantía de libertad.

El principio se formuló, en primer lugar, con ocasión de la Revolución Americana en las Constituciones de las Colonias independientes a partir de 1776, y posteriormente en la estructura constitucional diseñada en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que se montó íntegramente sobre la base de la separación orgánica de poderes. El principio, por supuesto, se recogió aún con mayor fuerza en el sistema constitucional que resultó del proceso revolucionario francés, no sólo en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 sino en las Constituciones a partir de 1791, donde se le agregaron como elementos adicionales, el principio de la supremacía del Legislador resultado de la consideración de la ley como expresión de la voluntad general; y el de la prohibición a los jueces de interferir en cualquier forma en el ejercicio de las funciones legislativas y administrativas.

En el mundo hispanoamericano, la Constitución Federal venezolana de diciembre de 1811, fue también el tercer texto constitucional del mundo moderno, en establecer expresa y precisamente el principio de la separación de poderes, aun cuando más dentro de la línea del balance norteamericano que de la concepción extrema francesa.

De este principio constitucional del Estado de derecho, deriva el otro principio fundamental de que el Poder Público es y tiene que estar limitado; lo que tiene que estar garantizado por una parte, por un sistema de separación, división o distribución horizontal del mismo, al menos entre el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, para garantizar las libertades y tratar de evitar posibles abusos de una rama del poder en relación a otro; por la otra, dentro de ello, por la consagración de la autonomía necesaria del Poder Judicial, incluso para controlar la sujeción de todos los órganos del Estado a la Constitución y ley; y por último, por el establecimiento de un sistema de distribución territorial del poder que es el que origina la descentralización política.

Todo ello contrasta con el esquema del Estado absoluto, en el cual el Monarca acumulaba todos los poderes: era el legislador, el gobernante, el administrador y era quien impartía justicia. Nada ni nadie controlaba al Soberano, ni sus poderes eran limitados, ni podían limitarse. El Monarca por ello no podía errar (*The King can do no wrong; Le roi ne peut mal faire*).

En el Estado de derecho en cambio, en el marco de la separación de poderes, predomina el principio del control entre los poderes.

Debe indicarse, además, que en el marco de la distribución de poderes como garantía de libertad, de los dos acontecimientos revolucionarios mencionados del siglo XVIII, puede decirse que también surgió una nueva organización territorial del Estado, antes desconocida. Así, frente a las Monarquías Absolutas organizadas con





base en el centralismo, esas revoluciones dieron origen a nuevas formas de organización territorial que originaron, por una parte, el federalismo, particularmente derivado de la Revolución norteamericana con sus bases esenciales de gobierno local; y por la otra, el municipalismo, originado particularmente de la Revolución francesa.

En la América hispana, fue en la Constitución Federal Venezuela de 1811, donde por primera vez en la historia del mundo moderno se adoptó la forma federal en la organización del Estado conforme a la concepción norteamericana; y a la vez, fue el primer país del mundo, luego de las Revoluciones, en haber adoptado en 1812 la organización territorial municipal que legó la Revolución francesa.

4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El cuarto principio del Estado de derecho, que derivó del principio de la existencia de una Constitución, como ley suprema, y del sometimiento de todos los órganos del Estado a la misma y a lo dispuesto en la ley, entendida ésta no sólo como un específico acto formal emanado del cuerpo representativo, sino englobando a todas las otras fuentes de ordenamiento jurídico. Esto implica, por consiguiente, que todos los órganos del Estado están sujetos a las leyes dictadas por sus propios órganos, y particularmente, las emanadas del órgano legislativo; y que por tanto, todos los actos de los órganos del Estado están sometidos a control por órganos jurisdiccionales o judiciales independientes, con poder incluso para anular aquellos actos contrarios ala Constitución y a las leyes.

5. LAS DECLARACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En quinto lugar, de los dos acontecimientos políticos de finales del siglo XVIII resultó el principio del Estado de derecho consistente en el reconocimiento y declaración formal de la existencia de derechos naturales del hombre y de los ciudadanos, con rango constitucional, y por tanto, que debían ser respetados por el Estado. La libertad se constituyó, en esos derechos, como un freno al Estado y a sus poderes, produciéndose así el fin del Estado absoluto e irresponsable.

Por ello, las Constituciones de las colonias norteamericanas al independizarse en 1776, estuvieron todas precedidas de amplias Declaraciones de Derechos, a las que siguieron primero, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia de 1789, y el *Bill of Rights* contenido en las primeras Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos del mismo año.

La tercera de las declaraciones de derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo moderno, se adoptó igualmente en la América hispana, y fue la «Declaración de Derechos del Pueblo» sancionada el 1º de julio de 1811 por el Congreso General de Venezuela, texto que meses después se recogió, ampliado, en el Capítulo VIII de la Constitución Federal de diciembre de 1811.

Este reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, es por tanto otro de los principios que identifica globalmente al Estado de Derecho, como una garantía formal contenida en los textos constitucionales, los cuales aseguran tanto su

disfrute efectivo como los diversos medios de control judicial y político para garantizarlo.

En cambio, en el esquema del Estado absoluto, los ciudadanos no tenían derechos; sólo tenían deberes y entre ellos, el de sujeción al Monarca. Por ello, la idea misma de los derechos fundamentales constitucionalmente declarados, como se dijo, producto de las Revoluciones Americana y Francesa, es otra de las características del Estado de Derecho.



6. EL ROL DEL PODER JUDICIAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES DEL ESTADO

Como consecuencia del principio del control del poder derivado de la separación de poderes, se afianzó el sexto principio del Estado de derecho consistente en la independencia del Poder Judicial, con lo cual la justicia dejaría de administrarla el Monarca y comenzaría a ser impartida por funcionarios independientes, en nombre de la Nación; al cual se atribuyó el ejercicio del control sobre las actuaciones del Ejecutivo y del legislador.

Ese control judicial, en efecto, si bien se desarrolló inicialmente en relación con los actos del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública, cuyos órganos deben actuar de conformidad con la ley, se extendió progresivamente respecto de todos los actos estatales. Por ello el control del poder también se implementó en relación con los actos del propio órgano legislativo y del gobierno, mediante la adopción de sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y demás actos del Estado dictados en ejecución directa de la Constitución, como una protección contra el despotismo del Legislador y del gobierno.

Por otra parte, para controlar judicialmente la actividad de la Administración surgieron tribunales especializados integrados en la denominada jurisdicción contencioso-administrativa; y para ejercer el control de constitucionalidad del legislador y del gobierno surgió la jurisdicción constitucional, conformada por Tribunales Constitucionales o por las propias Cortes Supremas.

Ello en contraste con el esquema del Estado absoluto, conforme al cual el Monarca era Soberano e infalible, por lo que al nunca poder equivocarse ni causar mal, sus actos no estaban sometidos a control alguno. La ley que lo regía era su propia voluntad, por lo que no podía haber un cuerpo normativo superior que lo limitara, y conforme al cual pudieran controlarse sus decisiones.

Este reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, es por tanto otro de los principios que identifica globalmente al Estado de Derecho, como una garantía formal contenida en los textos constitucionales, los cuales aseguran tanto su disfrute efectivo como los diversos medios de control judicial y político para garantizarlo.

Por ello, al contrario, en el marco del Estado de derecho los jueces asumieron una función que es fundamental en el constitucionalismo moderno, que es la del control de la constitucionalidad de las leyes; es decir, la idea de que la Constitución,



como norma suprema, tiene que tener algún control, como garantía de su supremacía, y ese control se atribuyó al Poder Judicial. De allí, incluso, el papel político que en los Estados Unidos de Norteamérica adquirió la Corte Suprema de Justicia.

En Francia, sin embargo, dada la desconfianza revolucionaria respecto de los jueces (*Parlements*), frente a la separación absoluta de poderes, sólo sería cien años después cuando se originaría la consolidación de la justicia administrativa, a cargo del Consejo de Estado, que aun cuando separada del Poder Judicial, comenzaría a controlar a la Administración; y casi doscientos años después cuando se comenzaría a consolidar el control de constitucionalidad de las leyes a cargo del Consejo Constitucional..

En la América hispana, fue en Venezuela, en la Constitución Federal de 1811, donde por primera vez se recogió toda la influencia en relación al papel del Poder Judicial, como fiel de la balanza entre los poderes del Estado, proveniente fundamentalmente de la experiencia norteamericana; particularmente por la inclusión en el texto mismo de la Constitución de su garantía objetiva, al declararse nulas y sin valor alguno las leyes que contrariasen las normas constitucionales; lo que posteriormente dio origen al desarrollo en todos los países latinoamericanos de sistemas amplios de control de constitucionalidad de las leyes, concentrados, difusos y mixtos.

CONCLUSIONES

Los anteriores principios o aportes que resultaron de la Revolución norteamericana y de la Revolución francesa significaron, por supuesto, un cambio radical en el constitucionalismo, producto de una transición que no fue lenta sino violenta, aun cuando desarrollada en circunstancias y situaciones distintas. De allí que, por supuesto, la contribución de las Revoluciones norteamericana y francesa al constitucionalismo, seguidas por su adopción a partir de la Revolución hispanoamericana, aun en los seis principios básicos comunes antes mencionadas, haya tenido raíces y motivaciones diferentes.

En los Estados Unidos de Norte América se trató de la construcción de un Estado nuevo sobre la base de lo que habían sido antiguas colonias inglesas, situadas muy lejos de la Metrópoli y de su Parlamento soberano, las cuales durante más de un siglo se habían desarrollado independientes entre sí, por sus propios medios y gozando de cierta autonomía; tendencia que con sus obvias diferencias, se siguió en el proceso constitucional de América hispana. En el caso de Francia, en cambio, no se trató de la construcción de un nuevo Estado, sino de sustituir dentro del mismo Estado unitario y centralizado, un sistema político constitucional monárquico, propio de una Monarquía Absoluta, por un régimen totalmente distinto, de carácter representativo constitucional, incluso como Monarquía constitucional; tendencia que se siguió en España en la Constitución de Cádiz de 1812 y en el resto de los países europeos, incluso imponiéndose intermitentemente el republicanismo.

En contraste con la fórmula del Estado absoluto, la configuración constitucional de los Estados en el mundo moderno después de las Revoluciones norteamericana y

francesa del siglo XVIII y de la Revolución hispanoamericana que se desarrolló a partir de 1811, se hizo conforme a los antes señalados principios del Estado de Derecho, que le sirven de fundamento y que han sido los que se han desarrollado durante los dos últimos siglos.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ashley, M. (1972). «*England in the Seventeenth Century*», Londres.

Bodin, J. (1962). «*The Six Books of a Commonwealth*», Londres, 1606 (ed. de Kenneth Douglas Me Rae) Cambridge, Mass. Libro I. Cap. VIII.

Brewer-Carías, A. R. (2016). «*Principios del Estado de Derecho*», Cátedra Mezerhane sobre Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos. Miami DadeCollege. Editorial Jurídica venezolana International. Miami, U.S.A.

Brewer-Carías, A. R. (2008). «*Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus Aportes al Constitucionalismo Moderno*». Serie de Derecho Administrativo N° 2. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

Brewer-Carías, A. R. (1992). «*Reflexiones sobre la Revolución americana (1776) y la Revolución francesa (1789) y sus Aportes al Constitucionalismo Moderno*» En (Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías, de Derecho Administrativo. Universidad Católica Andrés Bello. N° 1. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

Hobbes, T. (1962). «*Leviathan*». (ed. John Plamenatz), Londres 1962. Cap. XVI, p. 171. Cfr. M. M. Goldsmith, *Hobbes' Science of Politics*, NY.

Holdsworth, W. (1971). «*A History of English Law, Vol. II*», Cuarta Ed. 1936, Reimpreso 1971. Londres.

Jennings, I. (1972). «*The Law and the Constitution*», Londres.

Jolowicz, J. A. (1976). «Torts», *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI. Cap. 13 (Procedural Questions). London.

Passerin D'Entrèves, A. (1967). «*The Notion of the State. An Introduction to Political Theory*». Oxford.

Wade, H. W. R. (1971). «*Administrative Law*». Oxford. London.

Webber, T. (2015). «Who wrote Magna Carta?». en The Fountain. Trinity College Cambridge, Issue 21, Autumn.

Informe. «*El Imperio de la ley en la Sociedades Libres*», disponible en: Rule-of-Law-in-free-society-conference-report-1959.pdf (icj2.wpenginpowered.com)).

Rapport. «*Le Principe de la légalité*», disponible en: [Rule-of-law-in-a-free-society-conference-report-1959-fra.pdf](https://www.icj2.wpenginepowered.com/rule-of-law-in-a-free-society-conference-report-1959-fra.pdf) (icj2.wpenginepowered.com))



SOBRE LA FORMA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

ABOUTH THE FORM IN THE ADMINISTRATIVE LAW

Jaime Rodríguez Arana Muñoz²⁰

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.08.02>

Fecha de Recepción: 10 de noviembre de 2022

Fecha de Aceptación: 30 de diciembre de 2022

RESUMEN

Desde la Teoría del Derecho se puede afirmar que toda relación social necesita para su constitución una forma jurídica. A lo largo del tiempo, el binomio materia-forma se ha entendido de muy diferentes maneras: unas veces se ha valorado especialmente la forma en detrimento de la materia, y en otras ha prevalecido la materia sobre la forma. En la presente investigación se parte de un equilibrio entre ambas maneras de entender la realidad para poner de manifiesto y comprender la importancia de la materia y la forma en el Derecho, especialmente en el Derecho Administrativo, para lo que es preciso trabajar desde el pensamiento complementario y compatible.

Palabras Clave: Forma, Derecho Público, Derecho Administrativo.

ABSTRACT

From the Theory of Law, it can affirm that every social relationship needs a legal form for its constitution. Throughout time, the pairing matter-form has been understood in very different ways: sometimes form has been valued way over matter, and in others matter has prevailed over form. In this investigation we start from a balance between these two ways of understanding reality to bring to light and understand the importance of both matter and form in Law, especially in Administrative Law; for which it is necessary to work from a complementary and compatible thinking.

Keywords: Form, Public Law, Administrative Law.

INTRODUCCIÓN

La forma en el Derecho, en las ciencias sociales en general, es una cuestión muy antigua. En la filosofía, por ejemplo, animó nada menos que a Aristóteles a formular su teoría hilemórfica en la que planteaba que los objetos estaban compuestos de materia y forma. La materia sería el sustrato físico que precisa de la forma para que esa realidad sea precisamente la que es. Por tanto, la materia no puede existir sin la

²⁰ Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Coruña (Galicia, España). Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Española de Ciencias Administrativas. Director del Programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano. **E-Mail:** jaime.rodriguez-arana.munoz@udc.es. **Orcid ID:** 0000-0001-9641-5419. **Scopus:** 57201308967.

forma y la forma no puede existir sin la materia. Son dos caras de la misma moneda que se necesitan, que se dan en una relación de complementariedad.

No es ese el propósito, ni mucho menos, adentrarse en el mundo de la filosofía, de la gnoseología o de la ciencia del conocimiento, pero la teoría hilemórfica tiene – en el mundo del Derecho– gran relevancia. Frente a la Moral o a la Ética, que discurren en el plano del interior de los seres humanos, el Derecho precisa de la existencia exterior, porque se refiere a la expresión, a la manifestación, a la proyección externa de la justicia, de esa perpetua y constante voluntad de dar a cada uno de lo suyo. La justicia precisa disponer de presencia exterior, lo que acontece a través de todas y cada una de las fuentes del derecho, que no son más ni menos que formas de la misma justicia.

Por eso, en el Derecho, especialmente en el Derecho Público, la forma tiene una capital relevancia, porque prima el interés general, que es un concepto esencialmente vinculado a la forma, a la garantía, a la publicidad, elementos que sin una adecuada presencia exterior no podrían desplegarse en la realidad.

En el Derecho Privado, al contrario, impera la libertad de formas, y aunque con el paso del tiempo las formalidades han ido adquiriendo mayor importancia, lo cierto es que el primado de la autonomía de la voluntad no se da en las relaciones jurídico-administrativas, donde la transparencia y la publicidad requieren de la existencia de formas estrictas a través de las que podamos conocer las actuaciones de los Poderes públicos sin excepción.

En el Derecho Privado, donde desde siempre ha existido libertad de formas, tal realidad no significa que pueda darse un acto jurídico sin forma. Enneccerus (1950) «Si así fuera se estaría confundiendo forma con formalidad o solemnidad, olvidando que la voluntad de todo acto o negocio jurídico sea público o privado, debe ser exteriorizado». Pág. 119, pues no puede permanecer en secreto por obvias razones. Tendrá grados diferentes de exteriorización, pero debe ser revelado pues, de lo contrario, se estaría en el mundo de la Moral que es un ámbito distinto donde se trabaja sobre las intenciones y las deliberaciones interiores. La vida jurídica es vida de relación, regulada por el Ordenamiento jurídico, vida que ordinariamente es producto de la voluntad humana, personal, o de la voluntad colectiva, de entes u organismos públicos.

Desde la Teoría del Derecho se puede afirmar que, en efecto, toda relación social, para su constitución precisa, por sencilla y elemental que sea, una forma jurídica. A lo largo del tiempo, el binomio materia-forma, se ha entendido de muy diferentes maneras. Unas veces, se valora especialmente la forma en detrimento de la materia y se sitúa en el formalismo, el estructuralismo o el positivismo. Y, en otras, prevalece la materia sobre la forma y aparece el doctrinarismo, principalismo o esencialismo.

En esta investigación se parte del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario y se va a situar, porque se piensa que es el escenario correcto, en un plano de equilibrio entre ambas maneras de entender la realidad. Es verdad que en ocasiones se encontrarán equilibrios más o menos inestables, quizás más formales, quizás más sustanciales. Frente a una formulación categórica y dogmática, estática,

para entender la importancia de la materia y la forma en el Derecho, especialmente en el Derecho Administrativo en tiempos de emergencia sanitaria, de predominio de las formas sobre los valores, precisamos trabajar desde el pensamiento complementario, desde el pensamiento compatible.



DESARROLLO

1. REFLEXIONES PRELIMINARES ACERCA DE LA FORMA

La concepción formal o procedimental del Derecho, de gran prestigio y general aceptación en el Derecho Público, especialmente en el Derecho Administrativo, corre, cuando se entiende al margen de la sustancia, de la materia, de los valores, un grave peligro. Me refiero a la obsesión por la forma, al exceso formal, que poco a poco va desnaturalizando el fin al que debe servir: la realización de la justicia. Hoy, en las formalistas democracias en que vivimos, es evidente.

Por eso, cuando se renuncia a la sustancia jurídica en beneficio de la forma, se acaba negando nada menos que la justicia porque el silogismo que identifica el Derecho con la Ley, dice Sánchez Pedroche (2004), «es incapaz de dar cuenta de los variados problemas que pueden darse en la realidad social en la que es necesario aplicar la norma». Pág. 7. Primero, porque la forma jurídica sin vinculación a la justicia realmente no merece tal denominación y, segundo, porque la realidad social, la materia prima sobre la que trabaja el Derecho, debe ser tenida –muy– en cuenta. Cuando la realidad se margina, la forma se desconecta de su sentido y acaba siendo un instrumento del poder o una pura abstracción, tal y como la reciente historia europea del siglo pasado pone de manifiesto.

En España, la reacción a la deriva formalista o positivista se encuentra, por lo que se refiere al Derecho Público, en el artículo 103 constitucional, al disponer que la Administración pública actúe con pleno sometimiento a la ley y al Derecho. Es decir, los Poderes públicos están sujetos al conjunto del Ordenamiento jurídico, y, por ello a los Principios generales. Este precepto está inspirado en la Ley Fundamental de Bonn, escrito para evitar que a través de una ley formal pudieran regresar al poder ideologías y sistemas de corte racista o xenófobo, como tristemente aconteció en el pasado, con las consecuencias que todos sabemos.

En este sentido, la doctrina de la Ley como previa al Derecho, propia del formalismo positivista, plantea que el Derecho se agota en la Ley y a ella debe servir, de manera que las demás fuentes solo tendrán sentido en la medida en que sean coherentes con los mandatos establecidos en ella. Esta aproximación, muy presente en la formación de los estudiantes de Derecho del siglo pasado, debiera dar paso a una visión más abierta del principio de legalidad, que debe proyectarse sobre los Principios generales del Derecho si es que pretende que a su través brille con luz propia la justicia y, por ende, la protección, promoción y defensa de los derechos fundamentales de la persona.

Una perspectiva más realista, de corte sustancialista, pero sin renunciar a las formas, plantea Sánchez (2004):

El Derecho como previo a la Ley y como presupuesto de desarrollo, de aplicación y de interpretación de la ley. Tal concepción de la ciencia jurídica encuentra anclaje seguro en la vuelta a los valores –la materia, lo sustancial– que se plasman entre otros en los principios generales del Derecho. Pág. 7.

Por otra parte, el contenido y la interpretación constitucional, a poco que se conozca la Carta Magna, permite afirmar que son precisamente los valores constitucionales los que presiden el conjunto del Ordenamiento jurídico, pues la Constitución es de aplicación preferente y directa. Razón de más para comprender cabalmente la relevancia de la dimensión material del Derecho y la importancia de concebir la forma como el vehículo de expresión, de exteriorización, de dichos valores.

La pugna formalismo-sustancialismo es antigua, tanto como la polémica sobre la importancia de la materia y la forma en orden a explicar la naturaleza de las realidades físicas. En el tiempo actual, la reacción frente al formalismo procede de la constatación de la insuficiencia del positivismo, de procedimentalismo, del estructuralismo, o del normativismo, son manifestaciones del fundamentalismo formalista, para fundar un Ordenamiento jurídico en el que brille con luz propia la justicia. Bergalli (1992) Más bien, estas doctrinas que absolutizan la forma se quedan en la cáscara, en el envoltorio, pues entienden que, en la forma, *per se*, radica la justicia, es deudora de visiones ingenuas y poco realistas». Pág. XVI-XVII.

Por otra parte, identificar antiformalismo con antijuridicismo, como señala Sánchez Pedroche (2004):

No es del todo exacto pues el antiformalismo surge para preservar la seguridad jurídica, hoy tan vapuleada, y para garantizar una interpretación adecuada, completa, de la norma jurídica conforme a los valores constitucionales, alejada de posturas maximalistas a que la hermenéutica puede conducir. Pág. 8.

En realidad, el antiformalismo es una reacción al formalismo y al positivismo, que se quedan prendidas de una sola dimensión del Derecho. El sustancialismo, igualmente, en la medida que trae consigo una separación completa de la forma, también es censurable.

Se debe a Bobbio (1992):

La clasificación de los sentidos del formalismo jurídico en su libro sobre el problema del positivismo jurídico. La primera acepción, la más común y también la más falaz, se refiere a que la justicia de un determinado acto jurídico viene determinada por su conformidad o no a la ley formal. Pág.13 y ss.

Esta idea está muy extendida a pesar de que su seguimiento al pie de la letra ha provocado, como se sabe, grandes perjuicios a la humanidad. En las Facultades de



Derecho de muchos países es el primer mandamiento del normativismo y educa a los futuros operadores jurídicos en un pensamiento único y plano hoy tan frecuente. Se identifica justicia con legalismo, algo de funestas consecuencias que el tiempo en el que estamos demuestra a diario.

El formalismo jurídico como concepción –adjetiva– de la justicia, significa que la justicia solo está en la forma, en la sujeción a un formato preestablecido. Solo es justo lo que se adecúa, lo que es conforme al procedimiento, al proceso, a la pura formalidad. Hoy en día, con todo lo que ha pasado y pasa en el mundo, mantener a capa y espada una teoría formalista de la ética parece desproporcionado. Pensar que la ética reside única y exclusivamente en el cumplimiento del deber jurídico, prescindiendo de su naturaleza o fin, y que solo es justo lo conforme a la legalidad, sin referencia a los principios o a los valores, es altamente peligroso para la salud moral de nuestras sociedades pues no está escrito, menos contrastado, más bien lo contrario, que en la forma se encuentra necesaria y mecánicamente el bien moral. La idea hegeliana de que el Estado es la encarnación del ideal ético, hoy practicada por tantos gobernantes.

La cuestión, antigua como pocas, se encuentra en la tragedia griega *Antígona* de Sófocles, donde se pone de manifiesto que la ley es válida si es justa. A partir de entonces la pugna entre positivistas e iusnaturalistas ha sido constante y, en ocasiones amarga, pero en este tiempo parece que lo más sensato es lo que algunos denominamos positivismo o iusnaturalismo abiertos que, sobre el tema que nos ocupa, plantea que la ley debe ser expresión de la justicia para merecer tal nombre.

Para Bobbio, entre el legalismo iusnaturalista y el formalismo ético, a pesar de su antagonismo, existe una coincidencia al interpretar la justicia ambas corrientes como un orden igualitario representado por una regla formal a la que se someten y que vincula por igual a todos los destinatarios de ésta (Llano, 2009, p.38). Que ese orden esté representado por la ley natural o por una ley positiva, no afecta, argumenta Bobbio (1992):

...a la analogía jurídica de ambos razonamientos –la justicia de la norma depende de su conformidad a ella o la justicia está en función de la validez de la norma–, según la cual se debe hacer aquello que ha sido establecido o ha sido convenido por la regla superior independientemente de cuál sea el objeto de ésta Pág.13 y ss.

Lo importante para esta versión del formalismo, no para el iusnaturalismo, es la sumisión a la regla, sin tener en cuenta la naturaleza de su objeto.

En segundo lugar, el formalismo jurídico es una teoría del Derecho, en cuya virtud el Derecho es considerado como una forma –generalmente constante– respecto a un contenido –generalmente variable– (Llano, 2009, 38). Es decir, lo realmente decisivo del Derecho es la forma, el procedimiento, el proceso, mientras que la sustancia que contiene es lo de menos. En otras palabras, la licitud o moralidad del sustrato es irrelevante porque lo realmente relevante es el envoltorio, la mera formalidad, que es lo permanente.



Como sabemos, Kant (1994) en la *Crítica de la razón práctica* (1788) identifica «la forma con la idea de libertad como autonomía montando su concepción del Derecho sobre esta premisa. Por eso, para el filósofo prusiano, el Derecho es el conjunto de condiciones». Pág. 38-39, bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de libertad. Es decir, el Derecho establece formalmente las reglas sobre cómo deben actuar en sus relaciones los individuos sin entrometerse en lo que deben hacer. No importa el contenido de una relación jurídica, sino que, como señala Llano (2009) «ante un negocio jurídico como la compraventa, el Derecho no nos indica que es lo que debemos comprar, sino como debemos hacerlo para que el contrato sea vinculante para ambas partes y surta las pertinentes consecuencias jurídicas». Pág. 40.

Para Kelsen (2011) profundamente normativista, «el Derecho es pura forma, aislando lo normativo de lo social de modo que un hecho es jurídico en la medida en que una norma le atribuye determinadas consecuencias». Pág. 47 y ss). La realidad, impregnada de valores y de principios, por tanto, no cuenta. Solo es relevante si está prevista en la norma.

En tercer lugar, el formalismo jurídico se puede plantear en Bobbio (1992) «como una Ciencia del Derecho, el normativismo, en la que la construcción dogmática de la investigación no tiene como finalidad ni la explicación causal ni la justificación teleológica de un instituto, sino la determinación de su estructura normativa». Págs. 13 y ss. El fin de la institución o de la categoría jurídica o la causa deben desaparecer de la investigación jurídica, para centrarse en la estructura normativa.

La ciencia jurídica es una ciencia eminentemente formal. Es decir, no tiene por objeto hecho alguno del mundo físico ni su explicación, solo los tiene en cuenta para su calificación normativa y su imbricación en la construcción del sistema jurídico. En este sentido, Bobbio (1972) «el Derecho sería un conjunto de calificaciones normativas de comportamientos donde la función de investigación científica del Derecho se resuelve en una reconducción de los comportamientos dentro de la estructura del Derecho, así como en una continua constitución y reconstitución de esa misma estructura». Pág. 90.

El cuarto significado del formalismo jurídico, Bobbio (1992):

Lo refiere a la interpretación, a una teoría de la interpretación jurídica que atribuye al intérprete una función más bien declarativa del derecho existente, frente a quienes otorgan preferencia a la investigación de los fines y de los intereses sociales. Pág. 13 y ss.

En este marco se encuentra la denominada jurisprudencia de conceptos, en cuya virtud la hermenéutica sistemática y lógica prevalece sobre la interpretación histórica y finalista. El Juez no es más que un mero declamador del texto, de las palabras que componen la norma, mientras que, para la denominada jurisprudencia de intereses, de base sociológica, el Juez, además, y, sobre todo, tiene un poder creador del Derecho. En este caso el Juez hace gala de una interpretación en la que se consideran elementos como la equidad, la eficacia jurídica, la realidad social, la coyuntura política o las

circunstancias económicas. De ahí que tanto una como otra corriente: una al basarse sobre la forma como lo permanente y, la otra, sobre lo material, como lo único relevante, puedan dar lugar a situaciones problemáticas.

También desde esta perspectiva, por supuesto, la tesis de la complementariedad y, en todo caso, de la forma como medio para la justicia, parece erigirse en la mejor solución, huyendo así de maximalismos y teorías desproporcionadas.

El formalismo jurídico, por tanto, es una doctrina que hunde sus raíces en la pura externalidad, en la silueta de la norma, en su formato, al margen de otras consideraciones. Ni la realidad social, ni la conformidad a los valores del Estado de Derecho, ni los fines o las causas de las normas tienen consistencia para explicar el sentido de la norma según esta cosmovisión jurídica.

Es frecuente, desde otro punto de vista, identificar el formalismo jurídico con el vitalismo jurídico de Nietzsche. Algo sorprendente puesto que el vitalismo si a algo se refiere es a la realidad, a la vida misma. Sin embargo, Nietzsche (1988) «tal consideración debemos descartarla puesto que para el filósofo alemán lo real está en esencia estructurado según una infinidad de relaciones de fuerza donde cada fuerza lucha por el reforzamiento de su dominación, dicho de otro modo, de su poder». Pág. 155 y ss. He aquí una buena confesión de lo que encierra el formalismo: la lucha por la forma es la lucha por el poder y quien dispone de la forma, dispone del poder porque en esta perspectiva, los valores, el Estado de Derecho, el fin o la causa, no son más que elementos irrelevantes que no resisten al poder de la forma.

El formalismo jurídico, como es lógico, centra su estudio en la estructura formal del Derecho sin importar nada, o muy poco, su contenido, menos incluso los valores a los que la norma debe estar ordenada en un Estado social y democrático de Derecho. Se trata de un análisis del Derecho desde una única perspectiva. Por el contrario, la doctrina de la experiencia jurídica, patrocinada por Capograsi y sus discípulos Opocher, Cotta y Frosini, parte del pensamiento plural y tiene bien presente la pluralidad de aspectos que confluyen en la realidad del Derecho.

Mientras que Bobbio (1961) «el formalismo jurídico atiende preferentemente a cómo se produce el Derecho, las doctrinas experientialistas ponen su mirada en lo que el Derecho es y en lo que regula». Pág. 154. Por eso, en puridad, el formalismo jurídico se fija en cómo surge a la vida jurídica el Derecho, por lo que debería tener en materia hermenéutica una relevancia ceñida a su función, mientras que el experientialismo jurídico, por su propia naturaleza, se refiere a cuestiones de más envergadura como es la esencia del Derecho y el objeto mismo del Derecho. Sin embargo, el formalismo jurídico, rebasando el ámbito que le es propio, ha desplazado al contenido y a los valores para convertirse en el único contenido y valor del Derecho.

Igual que la materia y la forma están, deben estar, inescindiblemente unidos entre sí, y que no se entiende una sin la otra, como acertadamente señala Llano Alonso (2009) «no existe un antagonismo real entre ambas maneras de comprender el Derecho». Pág. 22. Al menos no debiera existir esa animadversión furibunda que hubo ciertamente entre el iuspositivismo y el institucionalismo junto a las principales





corrientes sociológico-jurídicas, como pueden ser el realismo jurídico, la jurisprudencia de intereses, el movimiento del Derecho Libre, el uso alternativo del Derecho o los llamados *Critical Legal Studies* (Llano, 2003, Pág.22).

Hoy, el rígido formalismo jurídico, deudor de doctrinas de otros tiempos, ha ido evolucionando a una especie de neoformalismo. Frente a una concepción completamente neutral y avalorativa del Derecho, hoy el formalismo en muchas ocasiones precisa reformular su absoluta neutralidad abriéndose en alguna medida a los contenidos materiales del Derecho. El problema es que esta apertura tímida a los valores, en muchas ocasiones conduce a erigir el principal valor en una presunta neutralidad que no es más que el formato, el envoltorio, a través del cual aparece con toda su crudeza la fuerza, el poder del mando, la tiranía, hoy de nuevo presente entre nosotros en tantas latitudes.

En este sentido, Pérez (2005):

El experiencialismo jurídico busca una comprensión omnicomprensiva del Derecho que permite conjugar la forma con el contenido, reivindicando la necesidad de captarlo en su entero desenvolvimiento desde su fundamentación axiológica, su génesis en las conductas sociales, su plasmación normativa, así como en su aplicación y cumplimiento por los operadores jurídicos y por los ciudadanos. Pág. 41.

A Kant se le debe, a partir de su teoría de la razón pura, una de las principales bases para el formalismo, mientras que, en sentido opuesto, el historicismo empírico de la razón vital de Dilthey se nos presenta como el principal basamento histórico del experiencialismo. Obviamente no es este es lugar apropiado para abundar en las doctrinas iusfilosóficas que han servido de soporte a las teorías formalistas o a las doctrinas sustancialistas o principialistas, porque en Derecho Público, especialmente en Derecho Administrativo, la forma ha de ser el medio para que se realice la justicia. Sin embargo, dada la relevancia que todavía tiene –cada vez menos– el positivismo formalista en el Derecho Administrativo, me parece esclarecedor dedicar algunos párrafos a esta cuestión.

La polémica y las críticas entre ambas concepciones para la comprensión del Derecho se deben, todavía hoy, a la ausencia de un marco de referencia abierto y plural desde el que comprender el sentido del Derecho. El pensamiento único, también en esta materia, ha estado demasiado tiempo alimentado de prejuicios y preconceptos que han hecho muy difícil, casi imposible, tender puentes y dar a la forma y a la sustancia la importancia que cada una tiene desde la compatibilidad y la complementariedad.

En todo caso, desde el experiencialismo jurídico Llano (2003) «que hunde sus raíces en el pensamiento abierto y plural». Pág. 48, es importante tener en cuenta, como enseñó Giambattista Vico (1971) «desde el historicismo, que no se puede profundizar en el Derecho sin profundizar a su vez en los problemas del ser humano y de las civilizaciones.» Pág. 63-65, ya que la norma jurídica ni es inmanente ni es ahistórica, pues está aprobada y promulgada en un determinado momento, en un determinado modelo de Estado y en unas circunstancias socioeconómicas concretas



que, son, esencialmente cambiantes. Sin embargo, lo que no cambia es la justicia, la centralidad de la excelsa dignidad humana y los derechos fundamentales, individuales y sociales, que acompañan al ser humano a lo largo de toda su existencia, inviolable e inherente a su condición. Este es el elemento permanente de la norma al que la forma debe orientarse en su nacimiento, en su entrada en vigor, en su aplicación y, por supuesto, en su interpretación.

En este sentido, uno de los principales valedores del experiencialismo jurídico, Guido Fassò (1953), entiende, desde el pensamiento abierto, «que la experiencia jurídica es la vida misma, la vida humana en su concreción: la historia en cuanto total experiencia del hombre» Págs. 10-11. La dimensión vital y la perspectiva histórica, no cabe duda de que están íntimamente relacionadas con la dimensión material del Derecho.

En efecto, el Derecho, tal y como lo concebimos desde la metodología del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, debe tener en cuenta, más allá de la forma, aspectos tan importantes como la realidad social, la historia o los llamados principios del Derecho, que son permanentes como permanente es la idea de la justicia y, por supuesto la centralidad de la dignidad humana y todos y cada uno de los derechos fundamentales, individuales y sociales, de la persona.

Para Pérez Luño (2005), a partir de una visión técnica de lo que significa la experiencia jurídica, «el Derecho debe definirse explicativamente en la pluralidad de sus aspectos, que están interconectados y que, lejos del holismo, del sincretismo o del eclecticismo, se articulan en la dialéctica de su continua realización e interdependencia en el tiempo». Pág. 40.

Wittgenstein, uno de los precursores de la lógica simbólica y de la sublimación del lenguaje, decía que lo importante no es el significado real de las palabras sino el uso que se haga de ellas. Esta doctrina, seguida a pies juntillas por las más sofisticadas técnicas de manipulación que aplican los sofistas modernos, tiene interés pues no siempre formalismo y sustancialismo se entienden de la misma manera.

Ortega y Gasset nos enseñó que los *ismos* son la expresión de hemiplejías morales. Tal aproximación en sede de formalismo y esencialismo nos lleva a las posiciones extremas desde las que es muy difícil comprender, por ejemplo, las categorías e instituciones del Derecho Administrativo, un Ordenamiento dependiente de los valores del Estado social y democrático de Derecho. Otra cosa es que la glorificación de la forma en beneficio, por ejemplo, de la burocracia, explique la realidad sociológica al interior de la Administración.

El formalismo, es verdad, Llano (2003):

Se engancha a la estabilidad, al Ordenamiento jurídico, independiente de los prejuicios de los operadores. Apela al orden, a la coherencia, a la constancia, a la seguridad, a los requisitos, si se quiere a valores formales. Valores que son, deben ser compatibles con los valores materiales, pues no son en modo alguno excluyentes entre sí. Pág. 32.

El enunciado de Bobbio (1972) «...de que el formalismo sigue al Derecho como la sombra al cuerpo» Pág. 100, admite varias interpretaciones. La que se atribuye a Bobbio hace referencia a que el formalismo es tan importante que si se quiere eliminar hay que destruir el propio cuerpo. Ciertamente, pero también puede entenderse que la sombra es tan inescindible del cuerpo que no admite existencia autónoma o que la forma está tan ligada al Derecho que no es posible el Derecho sin la forma. O incluso se podría pensar que la sombra es el reflejo del cuerpo, de modo que lo formal pertenece al reino de lo exterior. Por eso siempre se ha afirmado que la forma es la exteriorización del Derecho, la proyección externa del Derecho, el modo en que el Derecho es conocido y se da a conocer.

Para Sánchez (2004) «Cuando la interpretación jurídica no es más que lucha por el poder, la voluntad de poder prevalece. Entonces resulta muy acertada la referencia que Sánchez Pedroche hace al sentido de las normas de difícil comprensión». Pág. 9, confusamente sumamente abstractas pues, en estos casos, la interpretación es parcial, incompleta, alejada del sentido común y de los valores a los que la normativa, como señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra (1993), debe tender. Para estos autores:

La realidad del cumplimiento normativo actual se entiende en el contexto de la entropía creciente de los sistemas jurídicos motivada por la inflación normativa, la desmesura en la concreción de las normas, la utilización abusiva de la discrecionalidad técnica y la lentitud de los operadores jurídicos. Pág. 79 y ss.

La inflación normativa es una consecuencia del primado de la forma y de su sentido taumatúrgico. En lugar de promulgarse y aprobarse las normas que ciertamente son necesarias, lo que se hace, con ocasión o sin ella, es inundar los Boletines Oficiales de Normas, en la pandemia es proverbial, hasta el punto de que la Administración que elabora más normas en el más breve espacio de tiempo parece más importante o relevante que la que practica la contención y la prudencia normativa. En este ambiente, es muy difícil conocer el Derecho vigente pues todos los días se encuentran con normas nuevas en las que tantas veces la oscuridad, la falta de seguridad jurídica, es la principal señal de identidad de la legislación dominante.

Por otra parte, cuando se utilizan formas que no proceden, algo muy habitual, entonces aparece con todo su realismo el sentido del formalismo. En efecto, cuando el contenido de un Decreto se lleva a una Ley lo que se está consiguiendo es administrativizar la ley y dotar de una determinada resistencia jurídica a una materia que no le corresponde. Y, el uso desproporcionado de la discrecionalidad técnica es otro síntoma del formalismo, pues conduce a blindar ciertas decisiones en el mundo de lo funcional y de lo técnico, impidiendo un control de fines o de valores.

El Derecho, también el Derecho Administrativo, en el que las formas tienen tanta importancia, es más que estructura normativa, puesto que la realidad jurídica comprende diferentes aspectos, todos ellos ordenados armoniosamente, hacia la consecución, en el caso del Derecho Administrativo, del servicio objetivo al interés general.



Como señala Llano (2003) «tanto el hecho, la norma como el valor deben ser entendidos como momentos o aspectos de la dialéctica en la que se conforma la experiencia jurídica y no como elementos capaces de agotar por separado o aisladamente la juridicidad». Pág. 243. Eso sí, esa dimensión plural del Derecho no puede olvidar la finalidad, que es, en definitiva, el horizonte, el camino y la meta: la justicia.

2. SOBRE LA FORMA EN EL DERECHO

El Derecho es forma, pero no solo. Aparentemente, Sánchez (2004):

Es forma, pero la forma debe representar los valores del Estado de Derecho, pues la forma que estamos estudiando se inscribe en el Derecho, más en concreto en el Derecho Administrativo. Pero, sobre todo, el Derecho es forma, pues su primera aprehensión se resuelve en la pura formalidad dado que el Derecho se expresa mayoritariamente hoy de forma escrita. Pág. 13.

En efecto, lo primero que capta la persona del Derecho es el texto escrito de una norma, de una sentencia, de un acto jurídico. Y, en un Estado de Derecho, lo que todos esperamos es que esa realidad jurídica perceptible, aprehensible, externa, responda los principios vertebradores de nuestra más importante matriz jurídico-política. Esto es así, hasta el punto de que, en un Estado de Derecho, la previsibilidad y la seguridad jurídica que presiden la vida jurídica, están, deberían estar, tan presente en la confección de las normas, de las sentencias o de los actos jurídicos, que, en la manifestación externa, las mismas palabras que se usan, deben traslucir nítidamente, por su claridad, precisión y tendencia a la justicia, los valores y principios del Estado de Derecho.

Realmente, por exclusión, la forma es todo lo que no es contenido de la realidad, todo lo que no es de orden material. La forma hace referencia a lo visible, a lo superficial, a lo estético, atiende preferentemente a esa dimensión de la realidad que ofrece características más externas.

En el mundo de lo jurídico, lo formal es todo lo que es contenido de la norma o del acto jurídico. Todo lo que no se refiere al fin, a los principios. Por eso, Albaladejo (1958):

Aunque intuitivamente podemos colegir el espacio de la forma en la realidad jurídica, no siempre es lo preciso y concreto que debiera, salvo que convengamos, es lo más prudente, que la forma es el modo de exteriorización de los actos jurídicos, la vestidura exterior del acto jurídico, de la norma jurídica, como señala. Pág. 293.

Es decir, la forma es el envoltorio que recubre el contenido de la norma o del acto jurídico, contenido que necesariamente ha de ponerse en conexión y vinculación con los postulados del Estado de Derecho. Sin forma, no hay manera de que el contenido tenga dimensión pública. La forma es el camino, la vía a través de la cual se explicita el contenido del acto o norma jurídica.

En puridad, el concepto de forma hace referencia a dos cuestiones bien distintas, como apunta Fernández Márquez (2002):

En primer lugar, al soporte material. En efecto, la forma se refiere al soporte material de exteriorización de la norma o acto jurídico, que es ordinariamente el medio escrito o el sonido del lenguaje hablado. En segundo lugar, también se puede referir al soporte ideal de su exteriorización, a un lenguaje, a una estructura de signos articulados dotados de significado. Pág. 25.

En todo caso, la forma es claro que es un componente, junto al contenido, estructural del acto o norma jurídica, y por definición, debe ser bien concreta y precisa. Entre otras cosas, porque los valores del Estado de Derecho, contenido, deben ser lo más concretos y precisos posibles.

La forma, en cuanto componente estructural de la norma jurídica como vehículo de exteriorización, es esencial para la existencia del Ordenamiento jurídico. En efecto, el Ordenamiento está compuesto de normas, aunque no solo, y para su coherencia e integración es menester que éstas, las formas, estén ordenadas por el principio de seguridad jurídica pues sin previsibilidad y certeza el Ordenamiento no podría cumplir la función que le es propia.

En efecto, la relación entre forma y seguridad jurídica es muy importante, especialmente en un universo normativo complejo en el que la cantidad y mala calidad de las normas complican la aplicación y la interpretación.

El lenguaje jurídico, las palabras y términos que lo componen, tienen un significado preciso, propio, que forma parte del acervo normativo. Sin embargo, cada palabra de una norma, cada término de una sentencia, si se ignora su sentido y significado propio y se pone al servicio de objetivos metajurídicos, entonces pierde su función y se convierte en una pieza más de un engranaje ideológico en el que todo vale con tal de alcanzar el objetivo perseguido. Sin palabras, obviamente, no puede haber normas, no puede haber Derecho. Por eso son importantes y por eso en determinados momentos de la historia han jugado un papel crucial, no siempre al servicio de los valores del Estado de Derecho.

Para Sánchez (2004) «El lenguaje es la forma por excelencia y no es desconocido el potencial implícito que hay en esa forma capaz de alterar la materia». Pág. 14, pues como dijera Hartmann (1965) «la materia no es algo independiente por sí, sino que solo existe envuelta en la forma, como sustrato de ésta». Pág. 69. En efecto, el pensamiento compatible nos conduce a esta misma conclusión, si bien, a pesar de que materia y forma son las dos principales manifestaciones de la realidad jurídica, en realidad se necesitan entre sí indeleblemente. Sin materia no hay forma, y viceversa.

La dimensión formal es tan importante que sin ella el Derecho no existiría. Pero que ellos sean así no quiere decir, de ninguna manera, que solo el Derecho sea forma como proclama el positivismo legalista que se cierra sobre la letra de la norma sin más consideraciones. Tal consideración, todavía muy presente en la forma de enseñar que predomina en las Facultades de Derecho europeas, es deudora de la sublimación



de la forma acontecida durante el siglo XX.

En efecto, en el siglo pasado se alumbró una exaltación que, como advierte Sánchez Pedroche (2004)»condujo a la exaltación del poder como instancia indestructible y antropológicamente extensible a todos los ámbitos de la vida, del poder desligado de su fundamento, esto es, de su razón moral, del poder elevado a la razón de sí misma, en definitiva, del poder autocomplaciente». Pág. 15.

El Derecho Administrativo es, ante todo, Derecho y, por ello, entraña límites y contrapesos frente a un poder que tiende, ahí está la historia para constatarlo, a la infinitud y a escapar de cualquier control. Entonces, si el Derecho molesta o es un obstáculo para la realización de los objetivos del poder, lo que hay que hacer es desprestigiarlo hasta que no haya más remedio que implantar, a través del dominio de la forma, una suerte de procedimentalismo y procesalismo que no es más que la antesala del totalitarismo. Y de paso, la muerte de los valores y el advenimiento del gran valor, que no es otro que la sublimación de la forma, el primer mandamiento para la instalación en el poder.

La razón técnica, analítica, y formalizadora, dice el profesor Robles Morchón (1992)»se sustancia socialmente en la razón jurídica que experimentará durante el siglo XX un progresivo vaciamiento de contenidos éticos hasta desembocar en el formalismo positivista en el que se pierde todo vestigio de conexión entre la norma y las exigencias ético-políticas». Pág. 109.

Sin embargo, como apuntamos con anterioridad, materia y forma, forma y materia, tienen sentido si están unidas. Cada una por separado, sin referencia a la otra, desembocan en esos «ismos», en uno u otro sentido, que tanto daño han hecho a la misma Ciencia del Derecho como a su aplicación sobre la realidad cotidiana.

La importancia de la forma en la norma jurídica, que es mucha, muchísima, hasta para hacer visible la existencia misma del Derecho, no debe desgajarse de su fin, de su fin primario –explicitar los valores del Estado de Derecho- y del secundario, que es la proyección de esos valores a la cotidianidad de acuerdo con su rango propio.

Con frecuencia la forma ha sido, en la historia de la humanidad, una garantía para el ejercicio de la libertad, una manifestación de la lucha contra la arbitrariedad. El problema aparece cuando la forma se convierte en un fin en sí misma, superando su condición de medio. Cuando el valor instrumental de la forma se convierte en valor sacramental, se llega a un culto ciego en el que, en opinión de Sánchez Pedroche (2004), «el proceso mata al Derecho» Pág. 18, lo que llevado al Derecho Administrativo equivaldría que el procedimiento mata al Derecho, algo que suele acontecer, no solo por la existencia de trámites innecesarios o cargas administrativas injustificadas, sino por la convicción de algunos funcionarios de que son los dueños y señores del procedimiento.

En el Derecho Comparado hay sistemas de libertad de formas o de rigidez formalista. Normalmente en el Derecho privado se practica la libertad de formas, aunque adquiere relevancia a efectos probatorios, mientras que, en el Derecho Administrativo, como es lógico, la observancia de la forma es obligatoria por razones

de seguridad y de publicidad. En efecto, Sánchez (2004) «la forma no es esencial al negocio jurídico privado y su ausencia no determina que, probada la existencia del contrato por otros medios, el contrato deje de existir y que no pueda instarse a su cumplimiento o a la efectividad de las obligaciones incluso por vías coactivas o judiciales» Pág. 21, tal y como el Tribunal Supremo viene reiteradamente señalando. En efecto, la forma no lleva consigo la necesidad *ad substantiam*, que es exigible allí donde expresa y concretamente lo exija el legislador –sentencia del de noviembre de 1970– y, por ello, la eficacia del contrato no viene subordinada a la forma extrínseca –sentencia de 14 de febrero de 1986–.

De acuerdo con el Código civil, los contratos son obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se realicen, siempre que concurren los requisitos que exige el artículo 1261 del Código Civil. Como señala el Tribunal Supremo, la validez de los contratos privados no depende de la forma sino en la concurrencia de tales requisitos.²²

Los contratos públicos, como sabemos, se realizan de acuerdo con el interés general, no en función de la autonomía de la voluntad, y, por tanto, precisan de publicidad máxima puesto que la selección del contratista se realiza de acuerdo con los principios de publicidad y concurrencia. La forma, en estos contratos, que son contratos igual que los civiles, juega otro papel de acuerdo con la especial naturaleza de quien licita, que es la misma Administración o cualquier ente público del denominado sector público y, también y sobre todo, de acuerdo con el fin de interés general al que se ordenan los contratos suscritos por las Administraciones públicas y demás entidades del sector público.

En efecto, para los contratos públicos no rige la libertad de forma del ámbito civil, sino que se exigen requisitos y solemnidades especiales imprescindibles para su validez y que se establecen como garantía de los intereses generales. Es decir, el interés o los intereses generales dotan de requisito *sine qua non* a la forma para los contratos públicos pues la transparencia y publicidad que rodea a la gestión de los intereses generales, también en materia de contratación, hacen de la forma un requisito esencial, tanto que los pliegos de un contrato público han de ser un libro abierto sobre valores del Estado de Derecho como publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad... En el caso de los contratos públicos, el fin –el interés general– es el que condicional la forma y no al revés.²³

El formalismo jurídico, como ya se ha comentado, conduce al arbitrio, pues la norma se entiende y justifica en un universo aislado e inconexo, desgajado de la realidad, dependiente exclusivamente de las necesidades del órgano rector del poder legislativo o del poder ejecutivo al margen de la real realidad y, lo que es más grave, de los valores y principios del Estado de Derecho que, como mucho, no serían más que obstáculos para la realización del Estado de las formas, del Estado formal, que es en lo que tristemente se han convertido hoy la mayor parte de los sistemas políticos de Occidente.

²² Cfr. sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 14 de noviembre de 1996 o de 14 de julio de 1997.

²³ Cfr. por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1978.



Como se sabe, el formalismo como tal enseguida abrevó en las aguas del positivismo más cerrado, el excluyente, que es una de las causas del denominado uso alternativo del poder o del Derecho, hoy tan en boga en el llamado Estado formal de Derecho.

En la Francia revolucionaria, el entendimiento del principio de legalidad como la más alta expresión del culto a la razón, condujo al poder legislativo a su entronización como el gran oráculo de la voluntad general y de la libertad humana y, más tarde, a su ocaso más oscuro. Algo que García de Enterría (2016) ha explicado muy bien al señalar:

Que el advenimiento del *reino de la ley* fue saludado así como la aurora de una época nueva, luego abandonada, pues la sociedad actual ha comenzado a ver en la ley algo neutro que ya no incluye necesariamente en su seno la justicia y la libertad, sino que con la misma naturalidad puede convertirse en la más fuerte y formidable amenaza para la libertad incluso en una forma de organización de lo antijurídico o hasta en un instrumento para la perversión del orden jurídico. Pág. 29.

Tales consecuencias, hoy a la vista y entre nosotros, como resultado del positivismo legalista, García (2016) «han llevado a convertir a la ley en un simple medio técnico de la organización burocrática, sin conexión con la justicia, lo que explica también que pueda hablarse hoy de un principio de legalidad en las mismas sociedades comunistas». Pág. 29, por cierto, la quintaesencia de la hipérbole formalista, hoy acechando y esperando el momento de cobrarse su presa a causa del abandono paulatino de la fe, y la práctica, en los principios democráticos.

En este orden de ideas, Sánchez (2004):

A finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, se produce el tránsito, de funestas consecuencias, del iusnaturalismo al positivismo conducido y guiado por el imperio de la razón, eso sí, una razón abstracta y general que pronto se convirtió en la mejor baza para la sublimación de una forma jurídica, desconectada de la realidad, de la justicia, y así fundar una ciencia del Derecho en la que la objetividad es pensada como estructura lógico-formal de conceptos reducible a unos pocos principios, de manera que el conocimiento científico se reduce a las estrechas paredes de meras relaciones abstractas. Pág. 58.

Es sorprendente, pero la ciencia jurídica positivista pretende fundar el Derecho como realidad concreta y singular sobre un método que parte del dogma de la incognoscibilidad precisamente de lo singular o concreto. Esta contradicción el positivismo la intenta superar, como recuerda Sánchez Pedroche (2004) «partiendo de que su tarea más importante no radica, por paradójico que parezca, en los contenidos normativos, sino en la estructura formal de la normación». Pág. 58. Los contenidos normativos, los valores superiores del Ordenamiento –la materia–, es para los formalistas el elemento variable y contingente, desechable, pues la esencia del conocimiento científico del Derecho está en lo permanente es la forma, el objeto por excelencia del Derecho.

En este sentido, como anteriormente señalamos, cuando la forma es lo preponderante y la materia lo adjetivo, se desdeña todo aquello que tenga existencia concreta, de manera que la realidad jurídica se reduce meras determinaciones abstractas que se materializaran en cada momento en función de los intereses del que manda. Si el Derecho, por el contrario, se piensa como forma que traduce los valores superiores del Ordenamiento a la realidad, la arbitrariedad será, eso, arbitrariedad pues lesiona la racionalidad y la misma justicia.

La máxima expresión de la deriva formal se encuentra en célebre frase de Kelsen (2011):

El derecho es pura forma categorial con total abstracción de los fines, contenido, causas y todo lo que no sea la idea abstracta de la normatividad, pues las normas valen y tienen sentido, no por su adecuación a valores sino, única y exclusivamente, porque tienen eficacia normativa. Pág. 47 y ss.

La forma es un medio para que resplandezcan los valores del Estado de Derecho. Esta afirmación, que puede encajar en el positivismo incluyente o en el principalismo abierto, ayuda a comprender el sentido de las formas jurídicas en un Derecho Administrativo concebido como el Derecho del poder público para la libertad solidaria de las personas. Por una poderosa razón, el Ordenamiento no es solo, ni principalmente, un conjunto de normas, pues, se quiera o no, existen principios valores, no hay más que leer por ejemplo la Norma constitucional. Principios que en el plano técnico para suplir las deficiencias de los preceptos escritos y, en el plano axiológico para legitimar el Ordenamiento en su conjunto con los valores propios del Estado de Derecho.

La existencia de principios y valores –el contenido de la dimensión material del Derecho– está muy presente en un Derecho Administrativo centrado en la dignidad humana y en la protección, defensa y promoción de los derechos fundamentales. Tal aspecto de la realidad jurídica no puede ser desconocido y su afirmación garantiza la juridicidad por encima de todo pues el Derecho, tampoco el Derecho Público, no es una *longa manus* del poder de cada momento sino la garantía de la libertad de las personas y de que a cada uno de se le de lo que le corresponde. El formalismo, ese es su principal problema, no consigue separar el Derecho del Poder, pues las formas jurídicas en un verdadero Estado de Derecho están al servicio de sus principios y valores.

El sistema jurídico está compuesto, esencialmente, de normas y principios. Los principios son el aire, la atmósfera en la que se confeccionan, aprueban interpretan y aplican las normas porque como señala Larenz (1991) «los principios no son reglas, ni siquiera reglas abreviadas, sino pensamientos directores de una regulación y su función radica en que hacen posible interpretar y desarrollar con sentido la regulación determinada por ellos». Pág. 54.

El problema en este punto deviene en que fruto del positivismo, formalismo, legalismo y normativismo imperantes durante buena parte del siglo XIX y XX, surge un principalismo, un neoconstitucionalismo y un doctrinarismo que actúan igual que

sus adversarios, cayendo en los mismos excesos desde la sublimación e idealización de unos valores desgajados de la norma.

Además, Sánchez (2004):

El método sistémico, vinculado al positivismo y a la jurisprudencia de los conceptos, parte de una concepción cerrada del Ordenamiento compuesto solo por normas, instituciones y conceptos en el que mediante un procedimiento estrictamente lógico de subsunción en la norma jurídica puede extraerse una determinada consecuencia jurídica. Pág. 66.

En este contexto, la ley, la norma jurídica por excelencia, siguiendo los postulados iluministas se presenta como la encarnación ética de la justicia con solo ser elaborada de acuerdo con el procedimiento establecido. Algo, que, además de falso, dada la magnitud de las normas que se elaboran, produce inseguridad, imprevisibilidad e incertidumbre.

La subsunción lógico-sistémica no es un proceso matemático, cartesiano. No parece razonable que, en tal proceso, y solo en él, se encuentre la única solución posible a los problemas interpretativos, especialmente cuando se trata de interpretar conceptos jurídicos indeterminados incardinados en la norma, cuando no hay norma aplicable al caso o cuando es incompleta. En estos supuestos, para encontrar la solución es menester echar mano de la valoración puesto que la aplicación del Derecho implica en sí misma una operación axiológica, eligiendo de entre varias opciones, aquella que mejor se ajusta a los valores.

La aplicación del Derecho no es, no puede ser, una operación analítica puesto que el Derecho es esencial a la justicia y tal operación de búsqueda de la justicia en el caso concreto no es en modo alguno una mera apreciación subjetiva y personal de aplicador, sino que debe estar basada en razones y argumentos sólidos conectados a lo que es la justicia, que en sí misma es un valor objetivo.

En este sentido es sintomático que uno de los principales valedores del método sistémico, Tipke (1971) «conciba ahora el Ordenamiento jurídico bajo la inspiración de una idea material de justicia, es decir, como la aspiración de un ordenamiento justo». Pág. 5. La construcción de este autor, pensada para el Derecho Financiero, tiene, sin embargo, aplicación también para el Derecho Administrativo. Este autor distingue un sistema interno y otro externo. El primero, se refiere al contenido y atiende a principios jurídico-materiales que preserven y garanticen la tendencia de las normas a la justicia material. El segundo, de orden formal, se refiere básicamente a la clasificación de las formas.

En este planteamiento, la forma está al servicio de los valores superiores del Ordenamiento de un Estado material de Derecho, que son el humus y el fundamento de la elaboración aplicación e interpretación de las normas de lo que se deduce que las normas en sí mismas han de ser justas pues, en opinión de Tipke (1971), que suscribo, de lo contrario, «un Ordenamiento ayuno de principios ético-jurídicos no puede alumbrar un Derecho Tributario, Administrativo me permito completar, inspirado en la idea de la justicia». Pág. 5.





En esta línea de dotar a los principios y valores de la relevancia que tienen, que no es otra, que dar a la forma su pleno sentido en Estado material de Derecho, el llamado método tópico resulta relevante. En efecto, este método, como es sabido, preconiza que cuando para la aplicación del Derecho existan varias posibilidades la solución debe venir de la mano de la ponderación, contrastando en el caso concreto los diferentes argumentos que puedan fundar en última instancia la resolución del dilema jurídico. Frente a la lógica formal, este método, Sánchez (2004) «se asienta sobre la dignidad del ser humano, sobre los valores superiores del ordenamiento, y muy especialmente, sobre los principios generales del derecho entre los que destacan los de buena fe, equidad, seguridad jurídica o, entre otros, proporcionalidad». Pág. 70.

En realidad, la cuestión del método jurídico, importante donde las haya, tiene una derivada que, tratándose del tema que se está tratando, es pertinente. El método, como la forma, son medio, no son fines. Cuando se les otorga la condición de fines, no pueden cumplir su misión, que no es otra, en un Estado de Derecho, que servir de instancias para la realización de la justicia. Si así no fuera, es lo que pasa en muchos casos, entonces se acaban convirtiendo, como hemos advertido en varias ocasiones, en un instrumento al servicio del poder, sea el ejecutivo, el legislativo, el judicial o, también, por supuesto el académico.

La relación entre la forma y la justicia es muy estrecha. Si, como partimos en esta investigación, la forma está ordenada y se justifica en función de la realización de la justicia, dicha relación es la de medio y fin. Tal punto de partida trae su causa de la teoría hilemórfica de Aristóteles que tanto influyó en la matriz greco-romano-germánica de la que trae causa el pensamiento y la cultura jurídica occidental todavía hoy, afortunadamente, no se sabe por cuanto tiempo, vigente en tantas latitudes.

En este sentido, los valores, los valores superiores del Ordenamiento jurídico, se expresan y materializan, como bien sabemos en los principios generales del Derecho, que son el aroma en el que se mueven las normas, o, también, el oxígeno que respiran unas normas jurídicas, que lejos de una perspectiva inmanentista, se abren y necesitan de esos principios para realizarse en el Estado de Derecho. Es decir, el Derecho es previo a la ley, que, para ser coherente y congruente, en un Estado de Derecho, debe ajustarse, y fundarse, en el compromiso con la justicia y, como instancia superior, con el compromiso con la defensa, protección y promoción de la dignidad humana y los derechos fundamentales de ella dimanantes.

En un Estado de Derecho, los valores superiores del ordenamiento se encuentran positivizados en la Constitución que se convierte en las Normas de las Normas en la medida que las dota de esa sabia nueva que les da vida y sentido porque precisamente se interpretan conforme a los valores constitucionales, que son los valores propios, ahora del Estado social y democrático de Derecho.

En efecto, en los valores y principios conforman la sustancia constitucional en la que habitan los parámetros propios del Estado social y democrático de Derecho. Donde reside el espíritu constitucional, el centro de donde procede el dinamismo y las virtualidades de la Constitución, es en ese conjunto de valores o de vectores,

recogidos tanto en el preámbulo como en el articulado, que dan sentido a todo el texto constitucional y que deben impregnar el régimen jurídico y el orden social colectivo. Es decir, en esos valores las formas jurídicas encuentran su sentido y su justificación.

En el preámbulo constitucional de la Carta magna de 1978, como es bien sabido, se señalan, en primer lugar, la justicia, la libertad y la seguridad como los tres valores constitucionales más importantes. En la idea de justicia late la convicción de que hay algo debido al hombre, a cada hombre. Por encima de consideraciones sociológicas o históricas, más allá de valoraciones económicas o de utilidad, el hombre, el ciudadano, cada vecino, se yergue ante el Estado, ante cualquier poder, con un carácter absoluto: esta mujer, este hombre, son lo inviolable; el poder, la ley, el Estado democrático, se derrumbarían si la dignidad de la persona no fuere respetada.

En la preeminencia de la libertad se está expresando la dignidad del hombre, de la mujer, constructores de su propia existencia personal solidaria. Y finalmente, la seguridad, como condición para un orden de justicia y para el desarrollo de la libertad, y que cuando se encuentra en equilibrio dinámico con ellas, produce el fruto apetecido de la paz.

El segundo de los principios señalados en el preámbulo constitucional, siguiendo una vieja tradición del primer constitucionalismo del siglo diecinueve –una tradición cargada de profundo significado–, es el principio de legalidad o juridicidad. Mejor principio de juridicidad porque el poder público se somete a la Ley, y al Derecho. La ley es, debiera ser, hoy ya no lo es, la expresión del mayor rango normativo de la justicia que debiera presidir todas las relaciones sociales entre los seres humanos. El principio de legalidad no significa otra cosa que respeto a la ley y al derecho, respeto al proceso de su emanación democrática, y sometimiento a la ley y al derecho, respeto a su mandato, que es el del pueblo.

En virtud del principio de juridicidad, el Estado de Derecho sustituye definitivamente a un modo arbitrario de entender el poder. El ejercicio de los poderes públicos debe realizarse en el marco de las leyes y del Derecho. Todos, ciudadanos y poderes públicos, están sujetos –así lo explicita el artículo 9 de la Carta Magna– a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico. Por eso, el imperio de la Ley supone la lealtad constitucional e institucional, concepto central del Estado de Derecho que hoy también debemos recordar. El principio de juridicidad tiene una profunda significación porque desde la llegada del Estado de Derecho el poder público, y por ello la Administración pública, han de caminar en el marco de la ley del derecho, de forma y manera que la subjetividad reinante en el Antiguo Régimen se sustituye ahora por la objetividad y racionalidad desde las que la ley y el reglamento, en el marco del Derecho, operan para el mejor servicio a los intereses generales.

No podía ser de otra manera: la justicia, la libertad y la paz son los principios supremos que deben impregnar y orientar el Ordenamiento jurídico y político. Respetar la ley y el derecho, la ley democrática, emanada del pueblo y establecida para hacer realidad aquellos grandes principios, es respetar la dignidad de las personas, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre y solidario desarrollo



de sus existencias personales y en sociedad.

El Estado de Derecho, el principio de legalidad así entendido, el imperio de la ley como expresión de la mayor justicia posible, deben, pues, enmarcarse en el contexto de otros principios superiores que le dan sentido, que le proporcionan su adecuado alcance constitucional. No hacerlo así, supondría caer en una interpretación mecánica y ordenancista del sistema jurídico y político, privando a la ley de su capacidad promotora de la dignidad del ciudadano. Y una ley que en su aplicación no respetara ni promoviera efectivamente la condición humana –en todas sus dimensiones- de cada ciudadano, sería una norma desprovista de su principal valor.

La interpretación de las normas, que sigue la regla de la conformidad a la Constitución, se explica precisamente por el conjunto de principios que están establecidos, directa o indirectamente, en la Carta Magna. Es decir, la interpretación finalista es básica para entender el significado de las formas en el Derecho, también, por supuesto, en el Derecho Administrativo, donde la letra de la norma solo tiene sentido en la medida que se ordena y orienta a la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El problema de la sublimación de la forma en perjuicio de los valores, de los elementos materiales, además de subvertir el equilibrio y la coherencia ínsitas en el mismo Ordenamiento, impide una interpretación correcta, olvidando el encuadramiento de la norma interpretada en un sistema que la trasciende puesto que la norma no es inmanente, surge, se elabora y se aplica e interpreta al servicio de la justicia.

Federico de Castro (1949):

Advirtió, con meridiana clarividencia, que el sentido de una ley no está creado solo por ella, sino que resulta de varios factores: del lugar que ocupa en el Ordenamiento, situación y sentido que tampoco son fijos e invariables, sino que pueden cambiar en función de la situación de la norma en el Ordenamiento jurídico. Pág. 462.

Probablemente por eso cuando se afirma que el poder está sometido a la Ley y al resto del Ordenamiento jurídico se pretende llamar la atención sobre el elemento material, sobre el valor justicia. Todavía más claro lo encontramos en el ya mencionado artículo 103.1 de la Constitución española de 1978 cuando se refiere a que la Administración pública está sometida plenamente a la Ley y al Derecho, precepto calcado de la Ley Fundamental de Bonn para evitar que el positivismo formalista, en cuya virtud Hitler llegó al gobierno de Alemania, regrese por el mismo camino.

La referencia al Ordenamiento trasciende el formalismo, pues como señala Díez-Picazo (1979a) «tiene la intención directa de excluir un positivismo superado y de no olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que ese extiende a los principios y a la normatividad inmanente en el seno de las instituciones». Pág. 653.

La apelación al Derecho del artículo 103 de la Constitución, distinguiéndola claramente de la ley, pues puede haber, como de hecho hay, leyes justas y leyes injustas,



significa que la labor hermenéutica debe tener presente a la hora de interpretar la norma, su coherencia con los principios generales del Derecho porque por su propia esencia la norma administrativa, compuesta de forma y de materia, o es justa o sencillamente no es una norma jurídica, será en todo caso una norma, una regla pero, si fuera contraria al principio de seguridad jurídica o, por ejemplo, al de interdicción de la arbitrariedad, no sería en puridad, una norma jurídica. Por tanto, la Ley debe ser reducida a Derecho pues por mandato constitucional está obligada a extraer de todos y cada uno de sus preceptos soluciones justas al ser la misma justicia, de acuerdo con el artículo 1.1 constitucional, uno de los valores superiores del Ordenamiento.

Hay que considerar que la forma abarca y comprende total y absolutamente el fenómeno normativo, además de falso es irreal. Falso porque la realidad jurídica encierra, como es lógico, la aspiración a la justicia y la necesidad de salvaguardar y preservar los principios y valores del Estado del Derecho. Es irreal porque la vitalidad, la conexión al valor justicia, es palpable y perceptible, y está presente esencialmente en el mundo de las normas pues, por más que se quiera eludir o evitar, tarde o temprano aparece, y a veces de forma abrupta, cuando la forma ha pretendido ser omnisciente y omnipotente laminando cualquier aspiración a los valores del Estado de Derecho.

La norma hay que leerla de acuerdo con los valores en que se sustenta el Ordenamiento jurídico, evitando interpretaciones tan literales, tan apegadas a la letra, que choquen con el sentido y funcionalidad de los valores constitucionales abriendo el paso a la arbitrariedad, que se combate precisamente a través de los principios generales del Derecho.

Forma y materia, materia y forma, deben entenderse armónicamente. No es posible la forma jurídica sin su adecuación a los valores superiores del Ordenamiento y los valores precisan concertarse a través de las normas. También en el Derecho Administrativo, donde los principios del Estado social y democrático de Derecho orientan y vinculan las formas jurídicas a través de las cuales se expresa el poder público.

En todo caso, si en ese par materia-forma debe primar alguno de los dos aspectos de la realidad normativa, debería ser el valor jurídico pues el sometimiento de la Administración al principio de legalidad no significa ni mucho menos la sujeción a procedimientos sino, más bien, y sobre todo, el sometimiento pleno a los valores superiores del Ordenamiento y a los principios jurídicos que de ellos se derivan, que deben traslucir todos los procedimientos administrativos confeccionados en un Estado de Derecho.

La supremacía de los valores cuando se entienden de forma exclusiva y excluyente también debe censurarse pues el Derecho no es solo valores, es, o consiste, en la realización de la justicia a través de las formas, de las distintas expresiones del fenómeno normativo. Por eso, el principialismo, el doctrinarismo y todas las manifestaciones de la sublimación de los principios y los valores, del contenido en relación con el continente, es insuficiente para comprender la realidad jurídica y, sobre todo, para una adecuada interpretación y hermenéutica. La objetividad, propiedad



del sistema normativo del Derecho Administrativo, se desnaturaliza cuando se inunda de juicios éticos y morales sin fundamento in re, sin conexión con la forma. El principio jurídico, el valor, en el Derecho solo tiene sentido si es que dota de significado y contenido a la forma. El valor, pues, debe estar materializado, expresado a través de la forma. En nuestro caso, a través de actuaciones y de normas administrativas.

3_. LA FORMA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Para Martínez (1968) «La forma es un elemento de gran relevancia en los actos jurídicos entendidos en sentido amplio. En Derecho Administrativo, es elemento esencial». Pág.15 y ss. Para Montoro (1976) «El Derecho es forma». Pág. 27, aunque no solo. Es forma solo en la medida en que a su través se exteriorizan y explicitan los valores del Estado de Derecho. Para D'Ors (1961):

Es forma, sobre todo, porque toda vida jurídica es formal en la medida en que consiste esencialmente en la exteriorización de la voluntad –conductas sociales, no internas, de la persona–, y toda vida ritual, la jurídica lo es por excelencia, es solemne porque radica en exteriorizaciones que adoptan una forma plena que expresa por sí misma su contenido según esté prescrito. Pág. 34.

La forma tiene tal consideración en el Derecho Administrativo que cuando no hay forma el acto es inexistente o nulo de pleno derecho. El acto administrativo dictado que prescinde total y absolutamente del procedimiento es una causal reconocida en todos los Ordenamientos administrativos por obvias razones.

La forma en el Derecho Administrativo, por exigencias de la publicidad con que nacen, viven y se desarrollan las instituciones de esta rama del Derecho Público, cobra una especial importancia. Por supuesto mayor que en el Derecho Privado tal y como hemos advertido con anterioridad.

Las formas en el Derecho Administrativo, por ejemplo, en el procedimiento administrativo o en la contratación pública son imprescindibles para que el acto administrativo, para que el contrato, para que el procedimiento, la subvención, la sanción... sean válidos y tengan efectos jurídicos. La forma es esencial para que la institución del Derecho Administrativo en cuestión tenga plenos efectos y, en ocasiones, cuándo su vicio es grosero y palmario, el negocio jurídico-administrativo será nulo de pleno de Derecho.

En el Derecho Administrativo, que es el Derecho del poder público para la libertad solidaria de las personas, la cláusula del Estado social y democrático de Derecho tiene tal relevancia, que está inscrita en el ADN de todas sus categorías e instituciones. Quiere esto decir, que los valores de este modelo de Estado impregnan el entero sistema del Derecho Administrativo, reclamando que todas sus categorías e instituciones realicen en la cotidianeidad tales valores. La juridicidad, el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, la dignidad humana, la solidaridad y la participación tienen tal calibre jurídico que las diferentes formas que adopta el derecho Administrativo, actos, normas y contratos, fundamentalmente, deben comunicar a sus destinatarios tales valores.to,



Por tanto la forma y la materia en el Derecho Administrativo Constitucional no se entienden separada o aisladamente puesto que la forma sin valores no es forma y la materia sin proyección exterior no es materia. Esta relación, que ya hemos comentado, que es propia del Derecho y del conjunto de las Ciencias Sociales, en el Derecho Administrativo se da con una intensidad especial.

No tendría sentido, por tanto, que el positivismo legalista, el formalismo o el normativismo, ahogaran los principios o los valores, como tampoco tendría justificación alguna que el principalismo, esencialismo o sustancialismo, anularan la forma. Se precisa una relación de armonía, de complementariedad sobre la base de que la forma es la principal aliada de los elementos materiales precisamente para que a su través brille con luz propia el Estado de Derecho.

Eso sí, en el Derecho Público la forma tiene, como hemos advertido, una mayor relevancia que en el Derecho Privado, lo que significa que las cuestiones formales son de primer orden en el estudio de todas y cada una de las instituciones del derecho Administrativo.

El artículo 103 de la Constitución, glosado anteriormente, explica el sentido profundo y real que tienen los principios y los valores en el Derecho Administrativo. Hasta el punto de que, en efecto, el principio de legalidad, trascendiendo una visión meramente positivista, comprende la sujeción completa y total de la Administración, y por ello de sus actos, de sus normas y de sus contratos a la ley y al Derecho. Por una razón bien conocida y sufrida cuando se olvida: la Administración pública debe guiar su acción por el Derecho, por todo el Ordenamiento jurídico, que comprende normas y principios.

La ley de la que trata la Constitución no es otra que la ley justa, que es la única ley posible en un Estado de Derecho. Y si hubiere dudas, que el Tribunal Constitucional sentencie sobre esa adecuación o no de la Ley al Derecho, algo que sin embargo, al no ser un Tribunal de Justicia, sino un órgano político, no siempre se producirá, siendo éste un problema grave del Estado de Derecho que solo se podrá resolver en el momento en que se garantice que los integrantes del denominado Tribunal Constitucional sean juristas no contaminados por la adscripción partidaria, para lo que habría que modificar el sistema de selección, hoy fuertemente politizado.

En el Derecho Privado, con matices, rige el principio de libertad de formas, mientras que en el Derecho Administrativo las formas son obligatorias por obvias razones de seguridad jurídica, por la necesaria publicidad que rodean el despliegue de la actuación de las Administraciones públicas, que se nutre de fondos públicos, y porque la finalidad de servicio objetivo al interés general guía toda su actividad.

La forma en los actos administrativos, en los contratos, en la elaboración de las normas administrativas, como sabemos, reviste una especial relevancia. Y, también, la dimensión material, que se refiere a los valores superiores del Ordenamiento jurídico, que, además, vinculan a su realización a la forma. Los actos administrativos deben traslucir los valores superiores del Ordenamiento, del Estado de Derecho, así como los contratos o las normas o disposiciones administrativas.

La dimensión ontológica de la forma, ya tratada, reclama para Fernández (2002) «no solo que los actos y las normas jurídicas se exterioricen, en especial en el Derecho Administrativo, sino que tal operación se realice a través de determinados soportes materiales –texto escrito– o lógico-ideales –uso de un lenguaje determinado–». Pág. 26. Entonces la forma adquiere su condición jurídica para la validez o eficacia de dichos actos o normas jurídico-administrativas tal como vamos a estudiar. En este sentido, en contraposición al Derecho Privado, los actos y normas del Derecho Público son propiamente actos y normas formales. Para McBarnet y Whelan (1991) «Es la consecuencia lógica de que el sujeto activo de esas normas y actos es el Poder público, que debe actuar siempre en el marco de la seguridad jurídica y de los valores del Estado de Derecho». Pág. 856-857.

Las exigencias de forma a que ordinariamente aparecen sujetos los actos y normas de Derecho Administrativo, del Derecho Público en general, son bien rigurosas pues pueden afectar a la validez y/o a la eficacia de la norma o del acto administrativo en cuestión. Las normas crean Derecho y los actos lo aplican. Sus efectos tienen vocación de perpetuarse en el tiempo por lo que es lógico que estén acompañados de exigentes requisitos de forma y a intensos controles jurídicos. Para ello, como señala Fernández Márquez, es menester la regulación del procedimiento en el que quede establecido como ha de ser elaborado cada uno de los actos de trámite que conducirán finalmente a la adopción de la norma. Para Fernández (2002):

En este procedimiento las formas jurídicas –sea en fase de iniciativa, deliberativa o de resolución– suelen desempeñar una función nada desdeñable, estableciendo ciertas exigencias por lo que respecta al modo en el que ha de tener lugar la plasmación y exteriorización del acto final que es resultado del procedimiento, es decir, la norma. Pág. 29.

Mutatis mutandis, como mera ejecución del Derecho establecido en la norma, lo mismo puede predicarse del procedimiento establecido para los actos administrativos, aunque con menos intensidad dada su naturaleza jurídica y su absoluta dependencia de la norma de la que trae causa.

Los requerimientos de forma son obviamente más rigurosos en función de la capacidad de innovar el Ordenamiento. Son más exigentes en las normas que en los actos. Y, por supuesto, por las especiales características de la cosa juzgada, también las sentencias, en este caso de la jurisdicción contencioso-administrativa. En estos casos, las resoluciones jurisdiccionales, dictadas por jueces independientes e imparciales, y los principios de igualdad, audiencia y contradicción, justifican sobradamente los requerimientos procedimentales y las exigencias de forma que distinguen las diferentes manifestaciones de la actividad jurisdiccional, también en el orden contencioso administrativo.

Otras razones que explican las formalidades que acompañan a los actos y normas administrativas se reconducen, como señala Fernández Márquez (2002) «a la trascendencia de los efectos que de ellos y de ellas se derivan». Pág. 30. En efecto, las normas sancionadoras, por ejemplo, precisan de la compañía de principios tan importantes como el de legalidad, tipicidad, proporcionalidad, favor libertatis... que conducen al establecimiento de garantías formales de mayor intensidad.



En realidad, la especial relevancia de la forma en el Derecho Administrativo procede de los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad u objetividad. Principios que presiden el entero quehacer de las Administraciones públicas y que reclaman por su propia naturaleza una especial publicidad que solo es posible en virtud de rigurosos requisitos de forma.

No se debe olvidar, Fernández (2002):

Que también las especiales características de la forma en el Derecho Administrativo están relacionadas con la composición colegiada que está en la base de la formación de la voluntad de estos entes colectivos, en la medida en que solo así es posible el seguimiento de los trámites procedimentales previstos, además de una razonable garantía interna en la adopción de los acuerdos. Pág. 30.

La forma, por otra parte, ha tenido, y tiene, mucho que ver con la lucha contra la arbitrariedad ínsita en las tiranías o sistemas autoritarios en los que molestan los procedimientos, o se usan al margen del Derecho. En este sentido es célebre la expresión atribuida a Ihering: *enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es la hermana gemela de la libertad* (Hierro, 1965, p.49). Es decir, la forma juega un papel más relevante en los sistemas en los que la libertad brilla por su ausencia, que en los sistemas en los que el Estado material de Derecho y sus valores tienen una aceptable realización.

REFLEXIÓN CONCLUSIVA

Las cuestiones formales en un Estado social y democrático de Derecho son muy relevantes. Sin ellas no es posible el despliegue de los valores y principios constitucionales. Pero para que las formas, las formalidades, los formalismos, puedan cumplir su función es menester que, a su través, inseparablemente unidos a ellas, se encuentren dichos valores y principios.

Materia y forma, valor y proceso o procedimiento, son las dos caras de la misma moneda. Son inseparables y son la garantía de la vigencia del Estado de Derecho. Cuando se divorcian entonces aparecen los excesos: el hiperformalismo o el principalismo, el rigorismo formalista o el esencialismo, el normativismo o el doctrinarismo.

El valor jurídico es inescindible de la forma y ésta es inseparable del valor jurídico. El Estado de Derecho reclama que los procesos y procedimientos sean correas de transmisión de los valores y éstos deben ser manifestados en las formas, formalidades o formalismos: en los procedimientos y en los procesos singularmente.

La experiencia histórica muestra que cuando la forma se desgaja de los valores del Estado de Derecho, los valores democráticos, se producen involuciones sociales y políticas. En el mismo sentido, cuando los valores del Estado de Derecho, los valores democráticos, se expresan sin las más elementales formas y formalidades, el autoritarismo, el populismo hace acto de presencia y termina por abolir las formas y cualquier limitación al ejercicio del poder desnaturalizando y traicionando dichos valores.



La forma juega un papel relevante en el mundo del Derecho, más en el Derecho Administrativo, por causa de la presencia de los entes públicos y, por ende, de fondos públicos, que exigen publicidad y concurrencia de forma imperativa. En materia de actos administrativos y de contratos públicos se ha comprobado exhaustivamente. La jurisprudencia camina en esta dirección y busca en cada caso, en el marco de la solución justa, que los defectos de forma, salvo cuándo sean esenciales para que la actuación administrativa alcance su fin propio, se puedan subsanar con el fin de que prevalezca el interés general.

Hoy, en tiempos de emergencia humanitaria, cuando las formas son esenciales para garantizar una convivencia pacífica y la plena vigencia de los derechos fundamentales, se encuentra en situaciones realmente paradójicas. No solo porque el ejercicio de las potestades especiales que un Estado de alarma atribuye al Poder ejecutivo está provocando situaciones complejas, sino porque uno de los principios más respetados del Estado de Derecho, como es el principio de legalidad en materia de derechos fundamentales, está siendo orillado. Me refiero a las condiciones en las que la Administración, el Poder ejecutivo, puede limitar o restringir derechos fundamentales de la persona más allá de un Estado de alarma o de excepción. En estos casos, el principio de legalidad, tal y como ha sido entendido desde siempre, reclama que sea una ley la que establezca el régimen concreto y preciso de ejercicio de tal o cual derecho fundamental sin que valgan habilitaciones generales y abstractas de cláusulas de intervención.

Limitar derechos fundamentales usando una forma inadecuada constituye una flagrante lesión de uno de los principios más importantes del Estado de Derecho y una manifestación del Estado policía, que regresa, esperamos que por poco tiempo, después de unos años en que el exceso de la forma terminó por ahogar la fuerza y vitalidad de los valores del Estado de Derecho, hoy precisados de defensa y realización, también, y sobre todo, a través del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas por todos y cada uno de los ciudadanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albadalejo García, M. (1958). «*El Negocio Jurídico*». Barcelona: Editorial Bosch.

Bergalli, R. (coord.) (1992). «Sentido y Razón del Derecho. Enfoques socio-Jurídicos para la Sociedad Democrática». Barcelona: Hacer Editorial.

Bobbio, N. (1961). «Il Positivismo Giuridico [El positivismo jurídico]». Turín: G. Giappichelli Editore.

Bobbio, N. (1972). «Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico [Iusnaturalismo y positivismo jurídico]». Milán: Editori Laterza.

Bobbio, N. (1992). «El Problema del Positivismo Jurídico». México: Distribuciones Fontamara.



D'Ors, A. (1961). «Una Introducción al Estudio del Derecho». Madrid: Ediciones Rialp.

De Castro y Bravo, F. (1949). «Derecho Civil de España». Madrid: Editorial Civitas.

Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1979a).. La Constitución española y las fuentes del Derecho. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1979b). Constitución y fuentes de Derecho. En «Revista española de Derecho Administrativo, REDA:(21)», 189-198.

Enneccerus, L. (1950). «Tratado de Derecho Civil». Barcelona: Editorial Bosch.

Fassò, G. (1953). «La Storia come Esperienza Giuridica [La historia como experiencia jurídica]». Milán: Rubbettino.

Fernández Márquez, O. (2002). «La Forma en el Contrato de Trabajo». Madrid: Consejo Económico Social.

García de Enterría, E. (2016). «Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho». Pamplona: Aranzadi.

Hartmann, N. (1965). «Ontología». Volumen I: Fundamentos. México: Fondo de Cultura Económica.

Hierro S. Pescador, J. (1965). «El Derecho en Ortega». Madrid: Editorial Revista de Occidente.

Kant, I. (1994). «La Metafísica de las Costumbres». Madrid: Editorial Altaya.

Kelsen, H. (2011). «Teoría Pura del Derecho». Madrid: Editorial Trotta.

Larenz, K. (1991). «Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica». Madrid: Editorial Civitas.

Llano Alonso, F.H. (2009). «El Formalismo Jurídico y la Teoría Experiencial del Derecho». Valencia: Tirant lo Blanch.

Martínez Useros, E. (1968). *Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Eisa.

McBarnet, D.J. y Whelan, C. (1991). The elusive spirit of the law: formalism and the struggle for legal control [El espíritu elusivo de la ley: formalismo y la lucha por el control legal]. *The Modern Law Review*, 54 (6), 848-875.

Montoro Puerto, M. (1976). «La Teoría de la Forma de los Actos Jurídicos en Derecho Público». Valencia: Editorial Marfil.

Nietzsche, F. (1988) «Fragmentos Póstumos». Madrid: Editorial Tecnos.

Pérez Luño, A.E. (2005) «Teoría de la Experiencia Jurídica. Una Concepción de la Experiencia Jurídica». Madrid: Editorial Tecnos.



Robles Morchón, G. (1992). «*Los Derechos Fundamentales y la Ética en la Sociedad Actual*». Madrid: Editorial Civitas.

Sánchez Pedroche, J.A. (2004). «*Forma y Materia en Derecho Tributario*». Madrid: Centro de Estudios Financieros.

STS. Recurso N.º 53/1978-S3/CA, 2 de febrero de 1978.

STS. Recurso N.º 8231/1995-S3/CA, 14 de noviembre de 1996.

STS. Recurso N.º 291/1994-S1/C, 14 de julio de 1997.

Tipke, K. (1971). «*Steuerrecht: Chaos-Konglomeratoder System? [Derecho tributario: Sistemadelcaos o conglomerado?]*». Berlín: Otto Schmidt KG.

Vico, G. (1971). «*De antiquísima Italarumsapientia ex lingua e latinaeoriginibuseruenda[De la sabiduría más antigua de los italianos para aprender de la lengua originaria latina]*». Florencia: Trans-Europ-Repress Editorial.

Villar Palasí, J.L. y Villar Ezcurra, J.L. (1993). El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro derecho. En «*Martín-Retortillo Baquer, L. y González Pérez, J. (coord.), La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*». pp.79-104.

Virga, P. (1968). «*Il provvedimento amministrativo [El procedimiento administrativo]*». Milán: Giuffrè Editore.

EL CONTROL JUDICIAL Y LAS NUEVAS TENDENCIAS PROCESALES EN LA PROVINCIA DE CORRIENTES, ARGENTINA: PRINCIPALES INNOVACIONES

JUDICIAL CONTROL AND NEW PROCEDURAL TRENDS IN THE PROVINCE OF CORRIENTES, ARGENTINA: MAIN INNOVATIONS

Luis Eduardo Rey Vázquez²⁴

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.08.03>

Fecha de Recepción: 10 de agosto de 2022

Fecha de Aceptación: 31 de octubre 2022

RESUMEN

Por medio de la presente investigación, se pretende exponer las principales innovaciones procesales de la Provincia de Corrientes-Argentina. Para tal fin, se llevó a cabo una investigación documental que requirió de una revisión bibliográfica extensiva, aunada a la implementación de la dogmática *lege ferenda* para dilucidar su verdadero alcance sobre los ciudadanos, y en como trasciende sobre la efectividad de la tutela judicial efectiva de las pretensiones individual y colectivas. De igual manera, se pretende acordar las nuevas tendencias procesales incorporadas en el sistema jurídico. Se entiende, que la Provincia de Corrientes ha hecho un esfuerzo que apunta en esa dirección, y es de esperar que todos los operadores jurídicos, así lo visualicen, y procuren su recta aplicación, puesto que constituye un deber del Estado adoptar las medidas tendientes a garantizar el efectivo respeto de los derechos fundamentales, conforme puntualiza la Constitución argentina al respecto.

Palabras Claves: Reforma, Nuevas Tendencias, Códigos Procesales, Provincia de Corrientes

ABSTRACT

Through the present investigation, it is intended to expose the main procedural innovations of the Province of Corrientes-Argentina. For this purpose, a documentary investigation was carried out that required an extensive bibliographical review, together with the implementation of the dogmatic *lege ferenda* to elucidate its true scope on citizens, and how it transcends the effectiveness of the effective judicial protection of individual and collective claims. In the same way, it is intended to agree on the new procedural trends incorporated into the legal system. It is understood that the Province of Corrientes has made an effort that points in that direction, and it is to be hoped that all legal operators will see it as such, and seek its correct application, since it is a duty of the State to adopt measures tending to guarantee the effective respect of fundamental rights, as specified in the Argentine Constitution in this regard.

Keywords: Reform, New Trends, Process's Codes, Province of Corrientes.

²⁴ Abogado y Escribano (UNNE). Doctor en Derecho (UNNE). Especialista en Derecho Administrativo (UNNE). Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano (Universidad de La Coruña). Profesor Adjunto por Concurso de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE) e Investigador Categorizado. Profesor Titular de Derecho Administrativo General y Especial - Carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. Profesor de Post-Grado en diversas Carreras y Universidades. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Presidente del Superior Tribunal de Justicia y del Consejo de la Magistratura, ambos de la Provincia de Corrientes.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo²⁵, se intentará exponer algunas reflexiones derivadas de los cambios operados, y que están en curso en materia procesal, centrando la atención en la provincia – Corrientes -, donde han visto la luz, nuevos Códigos Procesales en diferentes materias, y otros se hallan en trámite parlamentario, pero que presentan notas comunes y que son las que expresaré a continuación.

Tales cambios impactan de lleno en una mejora en la calidad regulatoria, y procuran brindar al ciudadano una respuesta jurisdiccional efectiva, enarbolando principios y pautas que apuntan a facilitar el acceso a la justicia y a la comprensión de las decisiones judiciales, especialmente por los sectores más vulnerables.

DESARROLLO

1_. REFORMAS DE LOS CÓDIGOS PROCESALES DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES

En una apretada síntesis, se señalará que tales reformas fueron encaradas – en gran medida - por una iniciativa del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes (en adelante STJ) a partir del año 2015 (Acuerdo N° 24/15, punto 13°), fundada en la necesidad de actualizar, compatibilizar y armonizar las normas procesales de la Provincia en materia Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de acuerdo a los nuevos paradigmas y principios rectores de la legislación que lo informan, conformándose diferentes comisiones de trabajo integradas por Magistrados/as y funcionarios/as para la elaboración de anteproyectos de Códigos Procesales²⁶.

Luego de una profusa labor realizada en el seno del Poder Judicial, fueron elevados los diferentes anteproyectos al Poder Legislativo, donde a través de las Comisiones de ambas Cámaras competentes, se continuó con el trabajo y se amplió

²⁵ Sobre este tema he expuesto en las Jornadas de Clausura de la Maestría en Abogacía del Estado, organizada por la UNTREF y la ECAE, llevadas a cabo los días 6 y 7 de diciembre de 2021, en el Panel N° XIII, titulado «CONTROL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO PROVINCIAL. PROBLEMAS Y TENDENCIAS». También he dictado la Conferencia inaugural, sobre «Nuevas tendencias en lo Contencioso administrativo», a partir de la invitación cursada por la Asociación de Abogados Especialistas en Derecho Administrativo de Aguascalientes, A.C. en conjunto con la Universidad Panamericana Campus Aguascalientes, al 2° Foro Internacional de Derecho Administrativo celebrado los días 28 y 29 de septiembre del 2022 en la ciudad de Aguascalientes, Ags. (México), en la sede de la Universidad Panamericana, en forma presencial. que comprueben la identidad de todo NNA y el acta de nacimiento como un medio apropiado para determinar su identidad (nombre, identidad y nacionalidad)». Art. 22.

²⁶ Mediante Acuerdo N° 2 del 18-03-2016, Punto VIGESIMO SEXTO, teniendo en cuenta lo dispuesto en el punto 13° del Acuerdo N° 24/15 y oído el Sr. Fiscal Adjunto; SE RESUELVE: « Incorporar al Sr. Ministro, Dr. Luis Eduardo Rey Vázquez, a la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Código Procesal Constitucional y modificación del Código Contencioso Administrativo de la Provincia, creada en el punto 13° del Acuerdo N° 24/15, ap. 3)». Ello a partir de mi incorporación como miembro del STJ de Corrientes.

la participación de otros sectores, como ser Colegios de Abogados, Facultades de Derecho pública²⁷ y privada, los que fueron realizando sus aportes a fin de que el producto final sea lo más perfecto posible (aun conscientes de la imperfección humana).

Como resultado, a la fecha se han sancionado cuatro Códigos Procesales: 1) El Penal, 2) el Civil y Comercial, 3) el de Familia, Niñez y Adolescencia, y, 4) el Código Procesal Administrativo.

A continuación, se verá someramente las novedades salientes de cada uno de ellos:

1. Código Procesal Penal²⁸, en vigor ya en 4 circunscripciones judiciales (restando la primera) conforme a un esquema gradual de implementación. Dicho código produjo un cambio de paradigma, adoptando el modelo acusatorio pleno, colocando en cabeza del Fiscal la acusación, y el juez cumpliendo funciones de garantía, respetando así, el principio de imparcialidad. Incorpora asimismo, medios alternativos de resolución de conflictos.

2. Código Procesal Civil y Comercial²⁹. Entre las novedades más salientes, prevé el expediente digital, el proceso por audiencias (presenciales y/o virtuales, en este último caso en soporte de videograbación); procesos con sujetos vulnerables, proceso monitorio, procesos abreviados, uso de lenguaje claro, principios procesales.

Avanzar hacia la justicia moderna y ágil que demanda el ciudadano, procurando que éste sienta que su causa se resuelve con calidad y en un tiempo breve.

Ha previsto una transición ordenada hacia el nuevo modelo de estructuras procesales y el proceso de oralidad.

3. Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia³⁰. Prevé el acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad, desarrollando el estándar del Interés superior del niño.

4. Código Procesal Administrativo³¹: La denominación del nuevo Código abandona la clásica expresión «contencioso» y la reemplaza por la de

²⁷ En mi caso, mediante Resolución N° 1835 S.A./16 del 19-12-2016 de la Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE, fui designado Integrante de la Comisión de Docentes de las Cátedras de Derecho Administrativo para que a modo de colaboración lleven a cabo tareas de asesoramiento, de opinión y dictamen por escrito respecto al Anteproyecto de Reforma del código procesal Administrativo de la Provincia, de acuerdo al Convenio de Cooperación a ser suscripto por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste.

²⁸ Sancionado por Ley 6518 (B.O. 27-11-2019, y su fe de erratas del 6-12-2019).

²⁹ Ley 6.556 (B.O. 13-05-2021), en vigencia a partir del 1°-12-2021.

³⁰ Ley 6.580 (B.O. 27-10-2021), en vigencia a partir del 1°-03-2022.

³¹ Ley 6.620 (B.O. 23-11-2022, en Anexo), promulgado por Decreto N° 3420 del 22-11-2022 (B.O. 23-11-2022), en vigencia a los 60 días de la publicación. González Pérez, J. (1963) «Derecho Procesal Administrativo, 3 Volúmenes». 2ª Edición. Prólogo de Jaime Guasp. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, España; y en su *Derecho Procesal Administrativo Iberoamericano*, Temis, Bogotá, 1985, entre otras obras del profesor español.



«procesal», siguiendo la terminología más moderna, e incluso, la seguida en sus Tratados específicos en la materia, como el profesor español Jesús González Pérez³², o el profesor argentino Tomás Hutchinson, intituladas en ambos casos «Derecho Procesal Administrativo»³³.

Asimismo, debe decirse que el Código se basa sustancialmente en el anterior Código Contencioso Administrativo – Ley 4.106³⁴ -, cuya factura se reconoce fundamentalmente al gran profesor correntino Dr. Gustavo Adolfo Revidatti³⁵, que data del año 1986.

Sin embargo, tantos fueron los cambios que el Código requería una actualización, en especial porque ya en su día, con la reforma constitucional del año 2007, que suprimiera la competencia originaria y exclusiva del Superior Tribunal de Justicia, y abriera paso a la instauración de un fuero especializado, el código original sufrió modificaciones que restaron solidez al texto, especialmente en lo relativo a los tribunales competentes.

Así, primero por Ley 5846³⁶ se estableció un fuero especializado conformado por 2 Juzgados de primera instancia en la ciudad capital y un juzgado en cada una de las cuatro restantes circunscripciones judiciales. También creó una Cámara Contencioso Administrativo y Electoral con jurisdicción en grado de apelación para toda la provincia con sede en la ciudad capital. Dicha reforma comenzó a regir el 1 de junio de 2009, luego prorrogada por ley 5883³⁷ hasta el 31 de enero de 2010". La Cámara comenzó a funcionar el diciembre de 2012.

También es importante señalar que el plazo de caducidad, originalmente de un año y medio, fue reducido a 30 días hábiles – o 60 días hábiles mediando denegatoria tácita – mediante Decreto Ley 182/2001³⁸ – merced a la reforma

³² Hutchinson, T. (2009) «*Derecho Procesal Administrativo, 3 Volúmenes*». Rubinzal–Culzoni, Buenos Aires, Argentina; y antes en Diez, Manuel María; y Hutchinson, Tomás (1996) «*Derecho Procesal Administrativo*». 2ª Edición. Plus Ultra. Buenos Aires, Argentina.

³³ **Hutchinson, T.** (2009) «*Derecho Procesal Administrativo, 3 Volúmenes*». Rubinzal–Culzoni, Buenos Aires, Argentina; y antes en **Diez, Manuel María;** y **Hutchinson, Tomás** (1996) «*Derecho Procesal Administrativo*». 2ª Edición. Plus Ultra. Buenos Aires, Argentina.

³⁴ Ley 4.106 (sanc. 10/10/1986; promul. 15/10/1986; publ. 11/03/1987).

³⁵ **Revidatti, G. A.** (1987) «*Lo Contencioso Administrativo en la Provincia de Corrientes, Ley 4.106, Comentada.*» Cicero. Corrientes, Argentina.

³⁶ B.O. 05-08-2008.

³⁷ B.O. 1º-06-2009.

³⁸ Ley 3460, Art. 223. (Texto según decreto ley 182/2001, art. 2 (*) «Prescripción de los derechos y obligaciones: El término de la prescripción de los derechos y obligaciones que tenga su origen en la legislación dictada por la provincia en ejercicio de sus facultades propias, no delegadas será de tres años, salvo los casos contemplados por leyes especiales. Caducidad de la vía contencioso administrativa. Vencido el plazo establecido en el art. 222, quedará expedita la vía contencioso administrativa, la que podrá ser iniciada hasta sesenta (60) días hábiles judiciales. Cuando la autoridad competente se haya expedido expresamente, el plazo para interponer la demanda será de treinta (30) días hábiles judiciales, contados desde que el acto fue debidamente notificado».

(*) El art. 3 del decreto ley 182/2001 establece: «El presente decreto ley entrará en vigencia a partir del 1 de diciembre de 2001". El texto originario del Art. 223 establecía: «El término de la prescripción de los derechos y

introducida a la Ley de Procedimientos Administrativos N° 3460³⁹, lo que ahora se corrige instaurando un plazo mucho más razonable – 6 meses – y sólo mediando acto expreso.

En cuanto a los aspectos más salientes de este último, pueden destacarse⁴⁰:

a) Se modifica el orden y estructura del código vigente, simplificando además el lenguaje, a fin de facilitar su lectura.

b) Se regula la competencia de manera más completa, para evitar en lo posible, que se susciten innecesarios conflictos de competencia⁴¹.

c) Se modifican los recaudos de acceso a la jurisdicción y para la habilitación de instancia, eliminando el plazo de caducidad en los casos de reclamo previo; estableciendo un plazo de caducidad más amplio y razonable para los casos de la vía recursiva - el que sólo se aplica cuando existe pronunciamiento expreso de la Administración, no así en los casos de silencio - y suprimiendo el pedido previo en sede administrativa para la suspensión de los efectos del acto administrativo. Se especifican los modos de agotar la vía administrativa previa y los casos en que ello es necesario, a fin de facilitar su aplicación por parte de los operadores jurídicos⁴². No se aplica el plazo de caducidad cuando el Estado es actor en la acción de lesividad⁴³.

d) En cuanto a la exigencia del «pago previo» de obligaciones tributarias, siguiendo la tendencia jurisprudencial, se prevén excepciones con el objeto de que tal requisito no se erija en un obstáculo que conlleve a la denegación de justicia en el caso concreto⁴⁴.

e) En orden a brindar una adecuada tutela a personas en estado de vulnerabilidad o cuando se demanda la tutela de derechos irrenunciables, se han flexibilizado los recaudos de admisibilidad de las pretensiones para agilizar el acceso a la justicia.

obligaciones que tengan su origen en la legislación dictada por la provincia en ejercicio de sus facultades propias, no delegadas, será de tres años, salvo los casos contemplados por leyes especiales. La caducidad de la acción judicial se producirá de pleno derecho al cumplirse la mitad del plazo previsto para la prescripción».

³⁹ B.O. 30-01-1979.

⁴⁰ Sigo aquí, en líneas generales, en los motivos expresados en ocasión de elevar el Anteproyecto por parte de quienes integramos la Comisión redactora.

⁴¹ Título I, Ley 6620.

⁴² «Artículo 23. Plazos. Denegatoria tácita. La pretensión de nulidad de actos administrativos de alcance particular, debe interponerse dentro del plazo perentorio e improrrogable de seis (6) meses, sin incluir los períodos de feria judicial, computados desde el día siguiente al de la notificación en legal forma de la decisión que agota la instancia administrativa. **La demanda puede iniciarse en cualquier momento cuando el agotamiento de la instancia administrativa se configure a través de su denegatoria tácita, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción».**

⁴³ Siguiendo el criterio **comentado en el art. 27 de la Ley 19549.**

⁴⁴ Ver artículos 24, 25 y 26 del CPA, Ley 6620.





- f) Se consolida y perfecciona un sistema plural de pretensiones administrativas⁴⁵, dejado en claro que no se trata ni de un «proceso al acto» ni de un «proceso» o a la actividad»⁴⁶. Se incorporan los derechos de incidencia colectiva⁴⁷.
- g) En aras a la seguridad jurídica y para facilitar la tarea de los operadores jurídicos, se dispone la directa aplicación del Código Procesal Civil y Comercial con relación a instituciones comunes, como notificaciones, conflictos de competencia, recusación, recursos ordinarios y extraordinarios, entre otras y, además, se regulan aquellas en las que debe contemplarse las particularidades propias del sistema de derecho administrativo (por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial establece las notificaciones electrónicas).
- h) Se prevé la posibilidad de usar como herramientas para la toma de decisiones judiciales, el análisis y procesamiento inteligente de datos a través de sistemas informáticos o tecnológicos, como así también la posibilidad de que, cuando se cuente con los medios técnicos, las providencias simples puedan ser dictadas en forma automática utilizando sistemas de automatización (inteligencia artificial).
- i) Se promueve la utilización de sistemas interoperables de acceso para distintas instituciones, tanto para obtener información ofrecida como prueba en las causas, como para las comunicaciones y notificaciones.
- j) En lo que hace a las medidas cautelares, se amplía la posibilidad de su dictado a fin de prevenir la ocurrencia o agravamiento de daños irreparables o perjuicios graves⁴⁸.
- k) Se incorpora la posibilidad del proceso por audiencias⁴⁹, a fin de promover la inmediación y la concentración, celeridad y economía procesal.
- l) Se prevé la aplicación, para algunos supuestos, de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

⁴⁵ Ya la Ley 4.106, art. 55, se había enrolado en el principio de unidad de acción y pluralidad de pretensiones.

⁴⁶ **García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón.** (1998). «Curso de Derecho Administrativo, Tº IIº». 5ª Edición, Ed. Civitas, Madrid, España. Pág. 612, sostienen que «... todo el proceso gira, pues, en torno a las peticiones concretas que las partes formulan ante el órgano jurisdiccional solicitando del mismo una actuación en un sentido determinado. La pretensión acota, pues, el contenido del proceso, fija sus límites concretos, condiciona su tramitación y resultado, y determina el ámbito en el que necesariamente ha de moverse el juzgador».

⁴⁷ Conforme terminología del art. 42 de La Constitución Nacional, y art. 48 de la Constitución Provincial. La Ley 4.106 los denominada «derechos difusos». Al respecto puede verse el trabajo de Revidatti, G. A. (1987) «Los Intereses Difusos», en su obra *Lo Contencioso Administrativo en la Provincia de Corrientes, Ley 4.106, Comentada*, Cicero, Corrientes, Argentina. Pág. 139.

⁴⁸ Título II, Artículos 27 a 36, Ley 6620.

⁴⁹ Existen experiencias similares en el Derecho comparado, conforme da cuenta Ortíz Zamora, L. A. (2022), «El juicio por audiencias en el contencioso administrativo», en Leiva Poveda, Jorge (coordinador), *Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de Costa Rica: 50 Aniversario*, San José, Costa Rica. Pág. 283-312.

- m) Se regulan los efectos de la sentencia en los casos en que se plantean pretensiones que involucran derechos de incidencia colectiva.
- n) Se regula el amparo por mora como un instituto propio del derecho procesal administrativo, que originalmente se hallaba regulado como instituto del procedimiento administrativo (en la Ley 3460).
- o) Se elimina la acción de interpretación –que ha tenido poca utilización práctica–, en su lugar, se incorpora la acción declarativa de certeza.
- p) Se prevé un proceso de recupero abreviado de bienes inmuebles del dominio público o bienes de propiedad del Estado otorgados en concesión.⁵⁰
- q) Se agregan herramientas para la ejecución de las decisiones judiciales, sin dejar de tener en cuenta el límite constitucional previsto en el artículo 20 de la Constitución Provincial.
- r) Recursos directos previstos en leyes especiales – en todos los casos se atribuye su conocimiento a los jueces con competencia administrativa.



2. UN DENOMINADOR COMÚN EN LOS NUEVOS CÓDIGOS: LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

La Constitución Nacional reformada en 1994, consagra en su Art. 75, inciso 23, como atribución del Congreso: «... 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos⁵¹ y las personas con discapacidad».⁵²

Los diferentes Códigos Procesales responden a dicho mandato – en este caso emanados de la Legislatura Provincial – y a la necesidad de compatibilizarlo con las numerosas reformas operadas sobre otras normas, como el caso del Código Civil y Comercial⁵³.

Así, por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial correntino⁵⁴ dedica todo un Capítulo – el 6° – a los «Procesos con sujetos vulnerables», expresando en su

⁵⁰ Título VI, Ley 6620, tomando como base la Ley Nacional 17.091, así como lo establecido en la Constitución de la Provincia de Corrientes – año 2007 -, art. 225, inciso 10.

⁵¹ Me he ocupado de la situación de las personas mayores como sujetos vulnerables, en Rey Vázquez, Luis E., (2022) «El acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Algunas manifestaciones vinculadas a la seguridad social», publicado en el Suplemento Especial coordinado por Patricio Torti Cerquetti, Vulnerabilidad y Derechos Humanos. Primera Parte. Erreius. Diciembre de 2021. Buenos Aires, Págs. 131-143. También publicado en la revista Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social. Editorial Erreius, Págs. 175-187.

⁵² La Constitución de la Provincia de Corrientes, vigente desde 2007, prescribe dentro de las atribuciones de los Municipios, la de «6) Dictar ordenanzas y reglamentaciones sobre: ... m) servicios sociales a grupos vulnerables...» (Art. 123).

⁵³ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 (B.O. 08-10-2014). Por Ley 27.077 (B.O. 19-12-2014) se estableció su entrada en vigencia el 1° de agosto de 2015.

⁵⁴ Ley 6.556 (B.O. 13-05-2021, en vigencia a partir de diciembre de 2021).



Artículo 46. Aplicación: «Las normas de este Capítulo se aplicarán de oficio en los actos y procesos judiciales, de cualquier instancia, donde intervengan personas en condición de vulnerabilidad, siguiendo las normas, principios y directivas de garantía del acceso a la jurisdicción contenidas en la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, y demás normas vigentes».

Luego describe a quienes alcanza, en su Artículo 47. Personas en condición de vulnerabilidad. *«Se consideran en condiciones de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas, y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico».*

En punto a la acreditación de tales extremos, expresa en su Artículo 48:

La condición de vulnerabilidad deberá ser alegada por la parte interesada en su primera presentación y, de ser sobrevenida, hasta el décimo día de haber tomado conocimiento de la misma, o durante el curso del proceso si su configuración fuese posterior, debiendo acreditarla en grado verosímil. En su caso, el juez deberá ordenar las pruebas que considere necesarias... La parte que conozca o deba conocer, que su contraria se encuentra en condición de vulnerabilidad, deberá hacerlo saber al juez en su primera presentación o dentro de los diez (10) días de haber tomado conocimiento de la misma. Su omisión constituirá un indicio en su contra y podrá dar lugar a una multa de hasta el valor de 20 (veinte) jus. Idéntica solución cabrá respecto de la parte que a sabiendas del cese de su condición de vulnerabilidad omitiese informarlo... Si, en cualquier etapa del proceso los jueces advirtieren indicios de que se configura la condición de vulnerabilidad, deberán verificarla... Verificada la condición de vulnerabilidad, el proceso quedará regido por las normas de este Capítulo.

Es importante el rol que asigna a los equipos técnicos interdisciplinarios (artículo 49), cuando expresa:

Los tribunales en los que intervengan personas en condición de vulnerabilidad contarán con la asistencia de equipos técnicos interdisciplinarios, debiendo asesorar a los jueces y demás funcionarios en las materias relacionadas con su especialidad, mediante la elaboración de informes y articulando las intervenciones con los organismos, personas o instituciones públicas o privadas cuando lo ordene el juez.

Contempla tanto la gratuidad de las actuaciones, como la flexibilidad de las formas y la concentración de los actos, al expresar:

Artículo 50. *Gratuidad de las actuaciones. Las personas en condiciones de vulnerabilidad gozarán de acceso gratuito a la jurisdicción, con los mismos alcances que el beneficio de litigar sin gastos, sin necesidad de solicitarlo. La parte contraria y la oficina de recaudación respectiva podrán acreditar su solvencia, en cuyo caso cesará la gratuidad.*



O el mismo artículo 51 que señala:

Flexibilidad de las formas. Las formas procesales deben ser flexibilizadas para que se adapten a las condiciones de la persona vulnerable, según la índole de su situación. Hasta la audiencia preliminar podrá modificarse o adecuarse la pretensión cuando resulte evidente que ha sido inicialmente formulada sin suficiente información o asesoramiento en relación a los derechos que asisten a las personas en condiciones de vulnerabilidad. En tal caso el juez deberá arbitrar las medidas para garantizar la bilateralidad.

En este sentido, el artículo 52. «Concentración de actos. Se adoptarán medidas para concentrar, en lo posible en un mismo día, la realización de los actos procesales en los que debe intervenir la persona en condición de vulnerabilidad, con agilidad y puntualidad».

Se ocupa de la necesidad de asistencia letrada obligatoria y de acompañamiento, cuando expresa en su Artículo 53: «...Las personas en condición de vulnerabilidad, además de la asistencia letrada obligatoria, podrán comparecer acompañadas por referentes afectivos o de la comunidad, traductor y del intérprete cultural o lingüístico en su caso».

Como garantía de acceso efectivo a la justicia, consagra reglas en materia de lenguaje claro, cuando expresa en su Artículo 54:

Lenguaje. Información. Los operadores jurídicos deberán utilizar lenguaje sencillo y de fácil comprensión para los actos de comunicación con la persona en condición de vulnerabilidad, evitando emitir juicios de valor o críticas sobre su situación o comportamiento. En la primera oportunidad y durante todo el proceso se le informará al sujeto vulnerable sus derechos y los apoyos que puede recibir. La opinión de la persona en condición de vulnerabilidad deberá ser primordialmente tomada en cuenta y valorada, según las circunstancias del caso.

Finalmente, prescribe reglas acerca del uso de las TICs en su Artículo 55. Tribunal. Traslado:

El juez o los funcionarios judiciales deberán trasladarse al lugar donde se encuentren las personas en condiciones de vulnerabilidad cuando las circunstancias lo exijan y disponer todas las medidas necesarias para facilitar la accesibilidad, disponiendo el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) más adecuadas.

Respecto al Código Procesal Administrativo de la Provincia de Corrientes, contempla justamente la situación de vulnerabilidad como estándar hermenéutico en diferentes situaciones, en especial en materia de medidas cautelares, habilitación de instancia y ejecución de sentencias.

Ya en su Título preliminar, expresa: «Artículo 1°:

Tutela judicial efectiva. Las normas procesales de este código deben interpretarse y aplicarse con el objeto de lograr la efectividad de los derechos sustanciales, observando los fines sociales del proceso, las exigencias del bien común, la eficiencia, la legalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, procurando afianzar la tutela judicial efectiva, en especial para los casos de personas humanas en condición de vulnerabilidad.

Luego, al referirse a las excepciones a la regla del agotamiento de la vía administrativa, prevé en su Artículo 22. Excepciones.

El agotamiento de la vía administrativa previa a que se refieren los artículos anteriores no es necesario cuando una norma expresa lo establezca y cuando: ... g) se encuentren involucrados derechos fundamentales e irrenunciables como el derecho a la vida, la salud o la dignidad o de personas en estado de vulnerabilidad social y se alegue fundadamente premura en la resolución de la cuestión.

En materia cautelar, consagra en su Artículo 34, al ocuparse de la «Suspensión de la decisión administrativa. Requisito de admisibilidad, luego de expresar los presupuestos⁵⁵, y de fijar como regla acerca de que la resolución que dispone la medida debe especificar el modo y monto de la contracautela a cargo del peticionante, exceptúa diciendo lo siguiente: «... En los supuestos de pretensiones en materia de empleo público, previsional, personas humanas en condición de vulnerabilidad y quienes actúan con beneficio de litigar sin gastos, se exige únicamente caución juratoria».

Asimismo, consagra pautas especiales en materia de cédulas de notificaciones, cuando prescribe en su Artículo 51:

Elaboración y firma de la cédula. Las cédulas de notificaciones dirigidas al domicilio real son confeccionadas y firmadas por el abogado de la parte que tenga interés en ella, el síndico, tutor, curador, notario, perito o martillero que intervengan en el proceso e implica la notificación de la parte que representa o patrocina. La notificación de medidas cautelares o de orden de entrega de bienes debe ser firmada por funcionario judicial. El/la juez debe ordenar que por secretaría se practiquen las notificaciones cuando sea necesario por el objeto de la providencia, por razones de urgencia o cuando estén en juego derechos de personas humanas en condición de vulnerabilidad en cuanto a ellas interese.

Finalmente, en su Título X relativo a la Ejecución de la sentencia, luego de reglar los aspectos generales, tratándose de dar sumas de dinero⁵⁶, prescribe en el segundo párrafo de su Artículo 126:

... Si se trata de dar sumas de dinero, deben observarse las previsiones especiales que regulan la ejecución de sentencias contra el Estado provincial o municipalidades. Cuando se acrediten situaciones de extrema vulnerabilidad que ameriten mayor urgencia en el cumplimiento de la sentencia, el/la juez podrá fijar un plazo menor...

⁵⁵ «Si durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a este hay urgencia notoria, puede solicitarse la suspensión de la decisión administrativa acreditando:

a) la verosimilitud de las irregularidades que se denuncian contra la decisión recurrida;
b) que el daño que pueda ocasionar la ejecución de la decisión administrativa sea mayor o no guarde proporción con el perjuicio que puede ocasionar su suspensión;
c) la urgencia notoria.

Cuando la irregularidad de la decisión administrativa sea manifiesta no es necesario el requisito establecido en el inciso c)...

⁵⁶ Al respecto, remito a Rey Vázquez, L. E. (2013) «Efectos de la sentencia contenciosa administrativa. La Inembargabilidad en la ejecución», *La Ley Litoral*, Año 17, Número 06. Pág. 585-596.



Ha sido larga la espera pero, finalmente es loable, que haya logrado recepción legislativa y que se haya promulgado y publicado, convirtiéndose en el Código Procesal Administrativo de Corrientes, adaptado a las actuales necesidades y requerimientos, teniendo en cuenta la realidad correntina, y con el fin de que el proceso sea más eficiente, y la jurisdicción y los operadores jurídicos en general, cuenten con una herramienta apta para proteger los derechos de los ciudadanos, respetando el delicado equilibrio que debe existir entre ellos y las potestades públicas.

3_. ALGUNOS CAMBIOS COLATERALES

Es importante señalar, que para lograr la plena vigencia de los nuevos códigos procesales, fue necesario un proceso de implementación, llevado adelante – fundamentalmente – por el Superior Tribunal de Justicia -, y quizás el que mayores esfuerzos requirió fue el Código Procesal Penal, conforme al cronograma aprobado y en el plazo establecido en la Disposición Transitoria primera de la Ley 6.518, logrando constituir y poner en funcionamiento las oficinas judiciales en toda la Provincia, como así también, cada una de las unidades dependientes del Ministerio Público previstas en el nuevo sistema penal⁵⁷.

Para ello, se trabajó con las distintas áreas técnicas y administrativas de acuerdo a la planificación de inversiones y de recursos, estableciéndose prioridades de gastos, en un marco de razonabilidad y prudencia presupuestaria, respetándose siempre las políticas públicas y líneas de gobierno del Superior Tribunal de Justicia.

Cabe recordar que el nuevo Código de procesos penales supone un cambio de paradigma de la gestión judicial, para renovar los procesos, estructuras organizacionales y dinámicas institucionales, pero su éxito dependerá en gran medida de todos los actores involucrados, con el objetivo de lograr una justicia penal ágil y efectiva, al servicio de los ciudadanos, que garantice el bienestar y los derechos de los correntinos.

Es dable resaltar igualmente que los tribunales y dependencias con competencia penal, trabajaron en la aplicación del «Reglamento de Sistema Conclusivo de causas penales», que contempla un mecanismo para la transición, con pautas y directrices para la finalización de las causas judiciales que fueron iniciadas con el Código anterior.

Respecto de la puesta en marcha del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia que empezó a regir a partir del 1° de diciembre del año 2021, se enfatizó en las adaptaciones realizadas al sistema de gestión, las refuncionalizaciones edilicias, compras de equipamientos de audio, video y tecnológicos necesarios, habilitación de nuevas salas de audiencia, como así también de las cámaras especializadas de entrevistas, recalándose la necesidad de seguir trabajando con los Talleres de Capacitación para seguir mejorando y unificando los criterios de gestión.

⁵⁷ Se expone aquí una síntesis de la introducción de la Memoria del año 2022 del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, aprobada por Acuerdo Extraordinario N° 2 del 23-02-2023.

También debe destacarse la importancia que significó repensar todo el sistema de gestión de los procesos de los fueros no penales, diseñando nuevas herramientas para implementar la aplicación de las normas procesales de acuerdo a lo establecido por el legislador, en razón del verdadero cambio de paradigma y consecuente cambio cultural de la labor judicial, con base en un proceso por audiencias a través de canales digitales de acuerdo a la estructura tecnológica actualmente disponible.

En ese marco, se continuó realizando actualizaciones a las plataformas FORUM y IURIX, para lograr mayor compatibilidad en la vinculación de ambos sistemas informáticos y gestionar los expedientes judiciales bajo formato digital con tecnología disponible y a fin de sustituir progresivamente el tradicional expediente en soporte papel, aplicándose el «Régimen de Gestión Electrónica» que contiene las normas reglamentarias necesarias para el uso de las plataformas FORUM y IURIX en la tramitación de todas las causas sustanciadas o que se sustancien por ante los Tribunales: Civiles y Comerciales; Concursos, Quiebras y Sociedades; Familia, Niñez y Adolescencia; Laborales, Contenciosos Administrativos, Justicia de Paz, Centros Judiciales de Mediación y otras Áreas del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes. Todo lo cual sigue demandando mucho esfuerzo en busca de tratar de optimizar y aprovechar los recursos económicos disponibles.

Cabe destacar que el Poder Judicial de Corrientes está atravesando un profundo proceso de transformación e innovación tecnológica para permitir acelerar los procesos operativos con el objetivo primordial de llegar al expediente digital y facilitar el acceso a la información de todos los operadores de la justicia.

Igualmente, durante el año judicial 2022, se puso en vigencia la Ley Provincial N° 6.580 «Nuevo Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia» (publicada en el Boletín Oficial Provincial N° 28.401 de fecha 27 de octubre de 2021), que establece respecto de los procesos de familia, niñez y adolescencia que deben garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, rigiendo en el trámite los principios de oficiosidad, oralidad, intermediación, interdisciplina, acceso reservado al expediente y aplicado de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente cuando se trate de personas en situación de vulnerabilidad, aclarándose que la decisión que se adopte en un proceso en el que estén involucrados niñas, niños o adolescentes, debe considerarse su interés superior, es decir, la máxima satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos y garantías.

CONCLUSIÓN

Resulta auspicioso que se comiencen a perfilar cambios normativos acordes a la normativa convencional y constitucional de estos tiempos, que apunten a eliminar las desigualdades y toda forma de discriminación, tutelando adecuadamente a todos, especialmente, a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Se entiende que la Provincia de Corrientes ha hecho un esfuerzo que apunta en esa dirección, y es de esperar que todos los operadores jurídicos así lo visualicen y procuren su recta aplicación.

Respecto del estándar de vulnerabilidad, amén de lo que ya expresara la CSJN en el caso «García»⁵⁸, se ha visto robustecida en el caso «Garay, Corina»⁵⁹, donde expresó que

... el tiempo transcurrido desde el inicio de la acción, la avanzada edad que presentaba la actora y la posibilidad expresamente planteada y omitida de satisfacer la condena sin más dilaciones en este expediente trayendo al organismo recaudador al proceso, la decisión de sujetar a la accionante a un nuevo trámite administrativo y/o judicial no especificado, configura un exceso ritual manifiesto que puede frustrar la sustancia de su derecho conforme al desenvolvimiento natural de los hechos... En definitiva, no resulta razonable exigir a los recurrentes que deduzcan dos planteos ante distintos organismos a fin de lograr idéntico reconocimiento, ya que no solo importa un arbitrario retraso en la declaración de derechos de naturaleza alimentaria que cuentan con amparo constitucional, sino que trasunta un dispendio jurisdiccional que se opone a principios básicos de economía y concentración procesal ...» (Considerando 9º).

Constituye un deber del Estado adoptar las medidas tendientes a garantizar el efectivo respeto de los derechos fundamentales.

Al decir de Peter Habberle «... Derechos fundamentales y Estado prestacional están conectados, en ese sentido, de una manera muy «vulnerable». Acá están presentes tareas para la dogmática; se confía al Estado prestacional, por supuesto, la prestación de los derechos fundamentales de sus ciudadanos: se trata de la eficiencia en y por medio de la libertad pasando por la igualdad. ¡Esta prestación es solo una oportunidad, ni más ni menos!...»⁶⁰

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

González Pérez, J. (1985). «*Derecho Procesal Administrativo Iberoamericano*». Temis. Bogotá.

González Pérez, J. (1963). «*Derecho Procesal Administrativo, 3 Volúmenes*». 2ª Edición. Prólogo de Jaime Guasp. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, España

García de Enterría, E.-Fernández, T. R. (1998). «*Curso de Derecho Administrativo, Tº I/º*». 5ª Edición. Ed. Civitas. Madrid, España.

Häberle, P. (2019). «*Los Derechos Fundamentales en el Estado Prestacional*». Palestra. Lima, Perú.

Hutchinson, T. (2009). «*Derecho Procesal Administrativo, 3 Volúmenes*». Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, Argentina.

⁵⁸ CSJN, 26-03-2019, «García, María Isabel c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad», Fallos 342:411.

⁵⁹ CSJN, 07-12-2021, «Garay, Corina Elena c/ ANSeS s/ reajustes varios», Fallos 344:3567.

⁶⁰ Häberle, Peter, *Los derechos fundamentales en el Estado prestacional*, Palestra, Lima, 2019, p. 150.



Hutchinson, Tomás. (1996). «*Derecho Procesal Administrativo*». 2ª Edición. Plus Ultra. Buenos Aires, Argentina.

Revidatti, G. A. (1987). «*Lo Contencioso Administrativo en la Provincia de Corrientes, Ley 4.106, Comentada.*» Cicero. Corrientes, Argentina.

Revidatti, G. (1987). Los Intereses Difusos en su obra «*Lo Contencioso Administrativo en la Provincia de Corrientes, Ley 4.106, Comentada.*» Cicero. Corrientes, Argentina.

Rey Vázquez, Luis E., (2022). «El acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Algunas manifestaciones vinculadas a la seguridad social», publicado en el Suplemento Especial coordinado por Patricio Torti Cerquetti, *Vulnerabilidad y Derechos Humanos. Primera Parte*. Erreius. Diciembre de 2021. Buenos Aires, Argentina. Págs. 131-143.

Rey Vázquez, L. E. (2022). «Nuevas Tendencias en lo Contencioso Administrativo», En 2º Foro Internacional de Derecho Administrativo celebrado los días 28 y 29 de septiembre del 2022. Asociación de Abogados Especialistas en Derecho Administrativo de Aguascalientes Aguascalientes, México. Rey Vázquez, L. E. (2021) Control de la Actividad Administrativa en el Ámbito Provincial. Problemas y Tendencias. En «Jornadas de Clausura de la Maestría en Abogacía del Estado, Panel N° XIII», organizada por la UNTREF y la ECAE, llevadas a cabo los días 6 y 7 de diciembre. México.

Rey Vázquez, L. E. (2013). «Efectos de la sentencia contenciosa administrativa. La Inembargabilidad en la ejecución», *La Ley Litoral*, Año 17, Número 06. Pág. 585-596.

- Constitución de la Provincia de Corrientes – año 2007.

- Código Procesal Penal. Sancionado por Ley 6518 (B.O. 27-11-2019, y su fe de erratas del 6-12-2019).

- Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 (B.O. 08-10-2014).

- Ley 6.556 (B.O. 13-05-2021, en vigencia a partir de diciembre de 2021).

- Ley 4.106 (sanc. 10/10/1986; promul. 15/10/1986; publ. 11/03/1987).

- Ley 6620. Título I.

- Decreto-Ley 182/2001.

- Ley 6620. Título VI.

- Ley Nacional 17.091.

- Resolución N° 1835 S.A./16 del 19-12-2016 de la Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

- Acuerdo N° 2 del 18-03-2016.
- Acuerdo Extraordinario N° 2 del 23-02-2023. Memoria del año 2022 del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes.
- B.O. 05-08-2008.
- B.O. 1º-06-2009.
- B.O. 30-01-1979.



NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES SIN REGISTRO DE NACIMIENTO EN LA FRONTERA: GUAJIRA - MAICAO⁶¹

RIGHT TO IDENTITY OF CHILDREN AND TEENAGERS ON THE COLOMBIAN - VENEZUELAN BORDER: GUAJIRA - MAICAO

Suhail Echeto⁶²

Innes Faria Villareal⁶³

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.08.04>

Fecha de Recepción: 10 de agosto de 2022

Fecha de Aceptación: 31 de octubre 2022

RESUMEN

El objetivo de la investigación fue analizar el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes migrantes sin registro de nacimiento en la frontera: situación Guajira (Venezuela) – Maicao (Colombia), a la luz de la Convención de los Derechos del Niño y el Ordenamiento jurídico venezolano. La investigación presentó un diseño documental, y, se desarrolló mediante el método analítico. Los resultados de la investigación mostraron que el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes se ve vulnerado en los contextos de migración por la falta de registro de nacimiento que los coloca en riesgo de apatridia.

Palabras Clave: niñas y adolescentes migrantes, registro de nacimiento, derecho a la identidad, frontera.

ABSTRACT

The objective of the research was to analyze the right to identity of migrant children and teenagers without birth registration at the border: Guajira (Venezuela) - Maicao (Colombia) situation, in light of the Convention on the Rights of the Child and the Venezuelan legal system. The research presented a documentary design and was developed through the analytical method. The results of the research showed that the right to identity of children and adolescents is violated in the context of migration due to the lack of birth registration that places them at risk of statelessness.

Keywords: Migrant children and adolescents, birth registration, right to identity, border.

⁶⁰ Este artículo es derivado del Trabajo Especial de Grado, titulado: Análisis del derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes migrantes sin registro de nacimiento en la frontera colombo - venezolana. Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela.

⁶¹ Abogada egresada de la Universidad Rafael Urdaneta (URU). Maracaibo, Venezuela. Correo Electrónico: suhailechetog@gmail.com

⁶² Abogada. Doctora en Derecho. Profesora de la Universidad Rafael Urdaneta (URU). Maracaibo, Venezuela. Correo Electrónico: innes.faria.80008@uru.edu

INTRODUCCIÓN

En el pasado, las fronteras de Venezuela han acogido a miles de personas refugiadas del vecino país de Colombia, y otras partes del mundo. Hoy, experimenta el fenómeno migratorio más grande del continente. La crisis humanitaria y la compleja realidad migratoria en la frontera Colombo-venezolana ha tenido un impacto en el ejercicio del derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes sin acta de nacimiento en situación de movilidad. La identidad es un derecho que permite a niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) a que se les reconozca un nombre, una familia y nacionalidad, para acceder a otros derechos.

El tránsito habitual en la frontera colombo - venezolana estaba restringido desde 2015 por decisión del Gobierno nacional de la República Bolivariana de Venezuela, solo permitía el paso peatonal, pero en febrero de 2019, fue cerrada de forma total⁶⁴. Esto ocasionó un incremento de los pasos fronterizos irregulares⁶⁵ por los que miles de personas transitan. Con la llegada de las restricciones de la pandemia del Covid-19, se agudizó la crisis humanitaria y la situación de riesgo de estos NNA en movilidad.

El derecho a la identidad está consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (En adelante CNRBV) en el Título III De los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes, en la categoría de los derechos civiles, de la siguiente manera: «toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad». Art 56. Para Buaziz *et al.* (2003) es «el derecho de todos los niños y niñas inmediatamente después de su nacimiento a tener y ser reconocido social, legal y familiarmente con un nombre, a adquirir una nacionalidad, a tener una familia [...]»Pág. 14.

De lo anterior se desprende, que el derecho a la identidad tiene dos elementos fundamentales: la identidad personal y la identidad nacional o nacionalidad; la primera consiste en ser reconocido con un nombre y a representarse como sujeto de derechos con ese nombre, un elemento esencial para los efectos jurídicos de ese sujeto; la segunda es la nacionalidad, la cual debe entenderse según Brewer - Carías (2013) como el vínculo jurídico esencial que une a las personas con el Estado. Pág. 911. Así la define la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía de 2004, en su artículo 4 numeral 6: «a los efectos de esta Ley, se entenderá por nacionalidad el vínculo jurídico y político que une a la persona con el Estado».

Por su parte, Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente (2008) (En adelante LOPNNA) establece el derecho a obtener «los documentos públicos que comprueben la identidad de todo NNA y el acta de nacimiento como un medio apropiado para determinar su identidad (nombre, identidad y nacionalidad)». Art. 22.

⁶⁴ Véase: <https://www.rtve.es/noticias/20190223/venezuela-cierra-forma-total-frontera-colombia/1889040.shtml>

⁶⁵ Véase: <https://www.elheraldo.co/la-guajira/son-unas-250-trochas-que-conocemos-en-paraguachon-secretario-de-gobierno-de-maicao-709000>.



Es así, que surge la necesidad de analizar las condiciones de vulnerabilidad en la que se encuentran NNA migrantes irregulares para acceder al efectivo ejercicio de su derecho a la identidad, cuando no cuentan con un registro de nacimiento que permita confirmar su personalidad jurídica y su nacionalidad, causando discriminación, desigualdad y violación de derechos fundamentales que impiden el reconociendo del los NNA migrantes como sujetos de derechos en relación al Estado.

Constituye, pues, el objetivo de la investigación analizar el derecho a la identidad de NNA migrantes sin registro de nacimiento en el contexto de la frontera Colombo-venezolana: La Guajira - Maicao, desde la perspectiva de la Protección Internacional de los Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño y el ordenamiento jurídico venezolano. En tal sentido, se pretende: identificar las causas que originan la falta de registro, las consecuencias con relación al derecho a la nacionalidad y determinar el marco legal para garantizar su protección

DESARROLLO

1. FACTORES DE VULNERABILIDAD DE NNA MIGRANTES SIN REGISTRO DE NACIMIENTO

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (1989) indica, que «niño [es] todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». Art. 1. Según, el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEH-PUCP) sobre la solicitud de Opinión Consultiva N° 21 (2012) a la Corte Interamericana de los Derechos Humano, el niño migrante es toda persona «que se encuentre fuera del Estado del cual es nacional con la intención o necesidad de residir allí [...] o, que encontrándose en el país del que es nacional o residente, podría migrar en un futuro cercano». Pág.4.

En este sentido, se podría afirmar, de acuerdo con los conceptos señalados, que la definición de niños migrantes está referida a todos los NNA menores de dieciocho años de edad que se encuentra en situación de movilidad fuera de las fronteras del Estado del cual es nacional o estando dentro de los límites del territorio nacional tienen la intención de migrar.

Investigaciones realizadas por organizaciones internacionales como la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (En adelante ACNUR), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (En adelante UNICEF) y la Plataforma de Coordinación Interagencial para y Migrantes de Venezuela (En adelante Plataforma R4V), evidencian tres factores que inciden directamente en la situación de los NNA migrantes y su derecho a la identidad: Migración pendular, desafíos para el acceso a documentos de identidad de los padres y niños hijos de venezolanos nacidos en territorio colombiano.



1.1. MIGRACIÓN PENDULAR

Para Pezo (2005) «la migración pendular se refiere al desplazamiento diario y regular desde un punto de origen a otro de destino.» Pág. 154. Igualmente «este tipo de migración es muy frecuente en las localidades cercanas a centros de atracción de actividades cotidianas como el trabajo y la educación [...]» Pág. 154.

Para Cortizo (1993) «las migraciones pendulares están en la clasificación de las migraciones internacionales motivados por la búsqueda de medios de vida, trabajo o educación, que suponen el paso de una frontera entre estados diferentes, son de corta distancia y en áreas de fronteras permeables». Pág. 29. Por su parte, para Ávila y Pineda (2019) concretamente hace referencia a la frontera Colombo – venezolana y señala que la migración pendular se trata de «ciudadanos que residen en la zona de frontera y se mueven habitualmente entre los dos países». Pág. 69.

Así, se puede afirmar que la migración pendular está referida a factores de distancia, temporalidad y motivos en las que se movilizan personas cruzando fronteras internacionales. Las motivaciones pueden estar asociadas al trabajo, la educación o salud. En cuanto a la temporalidad, varía según la actividad que la motiva, produciéndose una movilidad diaria o una migración de semanas e incluso por varios meses.

Venezuela y Colombia, comparten la frontera más larga de ambas naciones⁶⁶. Según cifras oficiales de la Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, en esta frontera para finales de febrero 2020, más de 1.8 millones de venezolanos vivían en Colombia. Desde finales de marzo, alrededor de un 6% de la población ha retornado a Venezuela, debido -mayoritariamente- [...] a la pandemia de la COVID-19. En la frontera entre La Guajira (Venezuela) – Maicao (Colombia) se contabilizan alrededor de 150.943 personas en movilidad (Plataforma R4V, 2020:1).

Este movimiento se ha venido registrando desde que inició la crisis humanitaria en Venezuela a partir del año 2014, y desde entonces con el pasar de los años han ido en aumento. Para la Plataforma RV4 (2021):

Se identificaron 485 grupos de viaje (re)ingresando a Colombia, 68 con destino a Venezuela (retornos) y 88 grupos de viaje en tránsito pendular. SEXO Y EDAD DE LOS MIEMBROS DE LOS GRUPOS DE VIAJE: 16% niñas, 32% mujeres, 13% niños, 39% hombres. Se sigue evidenciando una alta intención de permanencia en Colombia en ambos tipos de movimientos: aproximadamente 6 de cada 10 grupos de viaje (re)ingresando señala este país como destino, y 6 de cada 10 que retorna hacia Venezuela planea volver a Colombia en el corto plazo. Pág. 3.

Los datos proporcionados por la Plataforma R4V ponen en evidencia que la movilidad pendular en la frontera de la Guajira – Maicao está enmarcado en una

⁶⁶ Cfr. Colombia comparte con Venezuela una frontera de más de 2.219 kilómetros. Fuente: Cancillería de Colombia En <https://www.cancilleria.gov.co/>

situación de crisis humanitaria que obliga a NNA migrantes a cruzar la frontera por pasos ilegales y sin control migratorio de parte de Venezuela, tampoco de Colombia, agravando la situación de vulnerabilidad, convirtiéndola en una de las más complejas a nivel de movilidad. Para ACNUR (2021):

In La Guajira, around 500 daily entries are reported by Migracion Colombia via the Paraguachon checkpoint in addition to the irregular daily entries increased to 800 and 1,000 [...] which include the pendular movements of the Wayuu ethnic group from Guarero, Moina, Los Filuos and Paraguaipao. Pág. 2.

En La Guajira, hay alrededor de 500 entradas diarias que reporta Migración Colombia por el retén de Paraguachón, además de las entradas diarias irregulares aumentadas de 800 a 1.000, que incluyen los movimientos pendulares de la etnia Wayuu de Guarero, Moina, Los Filuos y Paraguaipao (Plataforma R4V, 2021). Es decir, que los NNA migrantes se movilizan por pasos fronterizos no oficiales, en condiciones irregulares sin la documentación exigida por ambos Estados para el tránsito entre fronteras.

El Informe Caracterización de la niñez y adolescencia migrante en Colombia del Observatorio Proyecto Migración Venezuela (2021) lo ha planteado de la siguiente forma:

Los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos pueden estar enfrentando en su proceso migratorio un riesgo de indocumentación y falta de identificación, dado que un porcentaje importante no contaba con documentos ni colombianos ni venezolanos. Según la ECV del 2019, cerca del 48% de los menores entre los 0 y 5 años no poseen documentos de identificación; así mismo, quienes se encuentran entre los 6 y 11 años y entre los 12 y 17 años no cuentan con documentos de identificación, con un 45,4 % y un 38,1 %, respectivamente. Pág. 5.

Según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (2009), los NNA migrantes que participan en esos movimientos son más propensos a sufrir privaciones, violaciones de derechos humanos y discriminación, y requieren por ello, asistencia especial. Es decir, encontrarse en movilidad, y que esa movilidad, sea por una vía irregular, constituye un factor de riesgo para la integridad física de la persona. Esta situación se agrava cuando, no se tienen documentos de identidad.

Para Buaiz *et al.*, los documentos públicos de identidad a los que tienen derecho los niños y adolescentes y que tiene la intención de permitir la identidad, es la partida de nacimiento o acta de nacimiento, la cédula de identidad, entre otros (Buaiz *et al*, 2003). Así, según Artiles (2012):

La importancia del registro civil radica en que los niños pueden contar con una identidad legal que permite el acceso a sus derechos como ciudadanos venezolanos. Cuando no se realiza el registro de nacimientos estos NNA no son considerados ciudadanos y quedan excluidos del ejercicio de los derechos y deberes de toda persona vinculada a la República Bolivariana de Venezuela. Pág. 43.



Por todo lo señalado, queda manifiesta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran estos NNA migrantes irregulares en movilidad pendular sin registro de nacimiento y sin reconocimiento por parte del Estado para acceder al pleno ejercicio de sus derechos sin restricciones o discriminación alguna, aun cuando se encuentran en la frontera La Guajira – Maicao, que experimenta migraciones de distintas naturalezas y características producto de la crisis humanitaria compleja. Para Loudior *et al.* (2019):

Aumenta la complejidad los vacíos conceptuales para categorizar los distintos grupos en movilidad pendular o flujo mixto, mostrando la dificultad de nombrar y reconocer a las personas que llegan a la frontera sin documentos que comprueben su residencia. Impidiendo su situación jurídica y si se trata de refugiados, población con necesidad de protección internacional o migrantes afectados por la crisis humanitaria. Pág. 49.

1.2. DESAFÍOS PARA EL ACCESO A DOCUMENTOS DE IDENTIDAD EN VENEZUELA

Cuando se ha mencionado las condiciones de movilidad pendular de NNA en la frontera se debe tener en cuenta si son niños y adolescentes que viajan solos o acompañados, en el caso de los que viajan acompañados por sus padres, algunos no cuentan con documentos de identidad; como la cédula de identidad, medio de identificación dentro del territorio de la República Bolivariana de Venezuela o pasaporte, expedido a los venezolanos y venezolanas, que les identifica y permite viajar fuera del territorio nacional o para aquellos ciudadanos que hayan establecido su residencia en el exterior de la República.

El acceso a estos documentos es un derecho constitucional, así queda consagrado en el artículo 56 de la CNRBV en su segundo apartado, «toda persona tiene derecho [...] a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley». Reconocido este derecho por la Ley Orgánica de Identificación (2006) al establecer que «toda persona tiene derecho a poseer un medio de identificación desde el momento de su nacimiento. Su otorgamiento estará limitado sólo por las disposiciones previstas en la ley». Art. 3.

La falta de documentación de estos grupos en situación migratoria irregular en la frontera los coloca en un escenario de indefensión ante la exigibilidad de otros derechos sociales, económicos y culturales, afectando de manera directa a los hijos, así lo registra la Cruz Roja (2021) en un informe de Investigación sobre la Situación de migración procedente de Venezuela:

Los venezolanos en contextos de migración no cuentan con un documento válido a nivel nacional que demuestre su identidad; en el caso de los colombianos algunos perdieron sus documentos de identidad y otros no lo tramitaron antes de la mayoría de edad, en el caso de los venezolanos, las dificultades son mayores, al no tener pasaporte y tener que pasar por el puesto de control. Tener cédula de ciudadanía, tarjeta de identidad, o registro civil es requisito básico para hacer otros trámites. Pág. 16.

De los datos proporcionados por la Cruz Roja, se puede deducir que, los

venezolanos en movilidad que no tienen un documento de identidad que permita identificarlos, afecta el acceso a otros derechos igual de importantes. En este sentido, estas personas en condición de migración irregular, y que no cuentan con cédula de identidad o pasaporte venezolano, supone una barrera para la regularización del estatus migratorio, y por lo tanto, la regularización de los NNA migrantes nacidos en Colombia.

La Ley Orgánica de Identificación (LOI) (2006) prevé los medios de identificación emitidas por la República Bolivariana de Venezuela y define al pasaporte, «...como el documento de identificación de los venezolanos en el extranjero, expedido por el Estado». Art. 3. En este orden de ideas, «...los pasaportes venezolanos se clasifican en: ordinario, diplomático, de servicio, de emergencia, colectivo y provisional.» El artículo 31, de la Ley *in comento*, establece que «...el pasaporte ordinario es el documento de identificación personal que expide el ministerio con competencia, a los venezolanos que deseen trasladarse al extranjero, previo cumplimiento de los requisitos establecidos».

Seguidamente el artículo 32, señala que, en el exterior, el pasaporte ordinario será tramitado a través de las oficinas consulares. Según la página web Oficial del Servicio Autónomo de Identificación y Extranjería (SAIME, [@redsociaisaima] 29 marzo 2022), el valor para tramitar el Pasaporte está establecido en 3,6 Petros (equivalente a 200 dólares americanos), mientras que la Prórroga es de 1,8 Petros (equivalente a 100 dólares americanos).

En síntesis, el ordenamiento jurídico venezolano garantiza el derecho a la identidad en la CNRBV y en la Ley Orgánica de Identificación de 2006, y el Estado está obligado a emitir los documentos de identidad necesarios que permitan materializar dicho derecho. Sin embargo, algunos de los desafíos están relacionados a los costos elevados del trámite para la emisión del pasaporte, si se tiene en cuenta la realidad de crisis humanitaria de los venezolanos que se movilizan por la frontera y que llegan a Maicao en condiciones precarias. Las restricciones para el acceso a documentos de identidad de los padres, sin duda afecta, a los hijos que también ven vulnerado sus derechos.

1.3. HIJOS DE VENEZOLANOS NACIDOS EN COLOMBIA

El Estado reconoce primero la existencia y la identidad de un niño a través del acta de nacimiento que tiene como propósito según Poles de Gracciotti *et al.* (2015) «[...] constatar la existencia de un ser humano, la fecha y el lugar cuando comienza su vida, su sexo, su nombre y su filiación, y cuya configuración adopta una naturaleza jurídica propia y un valor probatorio para los efectos legales pertinentes.» Pág. 15. Para Artiles (2012) «el registro de nacimiento con la documentación física que se extrae del mismo, además de constituir el inicio del expediente civil único [...] se va compilando todos los actos y hechos inscritos ante el Registro Civil, de cada uno de los ciudadanos [...]». Pág. 18.

Como se ha señalado, el primer documento de identidad de un NNA que le permite a un Estado reconocer su identidad y le otorga la condición de ciudadano de





una determinada nación es el registro civil de nacimiento. Configurando su identidad, con la determinación de ciertos elementos como el nombre, el apellido, los datos de lugar y fecha de nacimiento, sexo y la nacionalidad. Tiene la finalidad de garantizar la protección de la persona de por vida y es un requisito previo para ejercer todos los demás derechos, el vehículo principal para obtener una identidad legal.

La LOPNNA (2007) establece la identificación de los niños inmediatamente después de su nacimiento, el artículo 17 contempla también la identificación médica del niño o niña que acaba de nacer, obligando al Estado a ,»[...] garantizar que los recién nacidos sean identificados obligatorias, oportunamente, estableciendo el vínculo filial con la madre». Art. 17. Esta norma garantiza según Buaiz *et al.* (2003):

No solo el derecho a la identificación de niños nacidos en hospitales y maternidades, sino a todo niño que nazca en la casa, las avenidas, los campos. Esta disposición obedece a una necesaria identificación inicial o primaria, anterior al Registro Civil de nacimiento que resulta ineludible para asegurar la filiación con la madre. Pág. 79.

Por consiguiente, se entiende que la inscripción del nacimiento es un presupuesto indispensable para la materialización del derecho a la identidad de NNA, sin la cual sería imposible el ejercicio de dicho derecho. Éste se realiza en el Registro civil, una institución que permite el acceso al derecho a un nombre y a una nacionalidad. Sin ella, el individuo carece de existencia legal, y queda automáticamente excluido de los demás derechos.

El artículo 18 de la LOPNA (2007) textualmente establece:

Todos los niños y adolescentes tienen derecho a ser escritos gratuitamente en el Registro del Estado Civil, inmediatamente después de su nacimiento, de conformidad con la Ley. Parágrafo Primero: Los padres, representantes o responsables deben inscribir a quienes se encuentren bajo su patria potestad, representación o responsabilidad en el Registro del Estado Civil Parágrafo Segundo: El Estado debe garantizar procedimientos gratuitos, sencillos y rápidos para la inscripción oportuna de los niños y adolescentes en el Registro del Estado Civil. A tal efecto, dotará oportunamente al mencionado registro de los recursos necesarios para dicha inscripción. Asimismo, debe optar medidas específicas para facilitar la inscripción en el Registro del Estado Civil, de aquellos adolescentes que no lo hayan sido oportunamente. Art 18.

Se entiende, que el sistema de registro civil es el principal mecanismo para otorgar la identidad legal de los NNA. Sin embargo, en el caso de los niños nacidos en el extranjero hay que cumplir con los requisitos que establece la Ley Orgánica de Registro Civil (2009) en su artículo 89, el cual indica lo siguiente:

En el caso de personas nacidas en el extranjero, hijo o hija de padre venezolano o madre venezolana por nacimiento, cuyo hecho vital no fue declarado ante la representación diplomática u oficina consular de la República Bolivariana de Venezuela, podrá hacer la declaración ante el registrador o registradora civil, previa verificación de la autenticidad del



documento de nacimiento emitido por la autoridad extranjera y su correspondencia con la persona a ser inscrita. Art. 89.

Para el caso de los venezolanos migrantes en la frontera entre Maicao y La Guajira, la entidad consular más cercana queda en la ciudad de Riohacha, a casi 40 kilómetros de la ciudad fronteriza de Maicao. Para realizar el registro Civil en Venezuela, se exigirá la verificación de los documentos de nacimiento emitidos por la autoridad extranjera, a menos que sea tramitado como un parto extrahospitalario. En resumen, el Consejo Danés para Refugiados (2021):

Estas son algunas de las barreras al momento de cumplir con la inscripción en el registro civil de nacimiento de estos niños nacidos en territorio colombiano, la falta de documentos de los padres o familiares: 57.80%, el desconocimiento de cómo hacer el registro: 18.80%, la falta de dinero: 12.50%, o por barreras en el trámite: 9.40%. Pág. 13.

De esta manera, queda claro que los NNA migrantes en situación irregular y sin registro de nacimiento se encuentran en una situación de vulneración gravísima a sus derechos fundamentales, del derecho a la identidad y la necesidad de confirmar su nacionalidad. La falta de inscripción en el registro civil impide que se materialicen estos derechos, dejándolos en un contexto de completa desprotección frente a crímenes que pudieran comprometer su integridad, obstaculizando el acceso pleno a otros derechos, a los servicios públicos, la protección y beneficios por parte del Estado, que le garantice condiciones de vida digna. En términos provisionalmente conclusivos, Artilles(2012):

Gozar de derechos y obligaciones fundamentales, así como de las protecciones que de ellos se derivan, necesita tener una identidad legalmente establecida, a partir del registro de nacimiento. Al vulnerarse el derecho a la identidad por la inexistencia del registro de nacimiento, se pierde: la personalidad jurídica, social, familiar e incluso la propia nacionalidad; por lo tanto, los sujetos sin dicho registro no existirían personal ni legalmente. Pág. 79.

2. EFECTOS DE LA FALTA DE REGISTRO AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE NNA

2.1. RIESGO DE APATRIDIA

Una de las consecuencias más graves de la ausencia de registro civil de los NNA migrantes cuyos padres tienen estatus migratorio irregular en la frontera con Colombia, es la dificultad para confirmar y demostrar su nacionalidad. Si bien es cierto, que los hijos de venezolanos tienen derecho a la nacionalidad venezolana de sus padres, en un contexto de migración irregular y sin registro de nacimiento que lo verifique, estos NNA podrían estar en riesgo de apatridia.

En este sentido, una persona apátrida, se entiende con Vélez (2021) «como una persona sin nacionalidad, [...] carece de un vínculo con el lugar en que nació, [...] carece en general de un pueblo, tierra, historia y cultura». Pág. 17. Así lo define la



Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954) (En adelante CEA) en su artículo 1 «a los efectos de la presente Convención, el término «*apátrida*» designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación».

En este sentido, una persona apátrida, se entiende con Vélez (2021) «como una persona sin nacionalidad, [...] carece de un vínculo con el lugar en que nació, [...] carece en general de un pueblo, tierra, historia y cultura». Pág. 17. Así lo define la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954) (En adelante CEA) en su artículo 1 «a los efectos de la presente Convención, el término «*apátrida*» designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación».

En el caso de los NNA migrantes irregulares sin registro de nacimiento en la frontera colombo – venezolana, sí cuentan con una nacionalidad *de facto*, pues son hijos de venezolanos. Sin embargo, no existe el vínculo jurídico con el Estado venezolano y tampoco es reconocido como nacional del Estado colombiano por el simple hecho de nacer o residir en su territorio.

ACNUR (2017) considera que «la falta de registro de nacimiento puede poner a las personas en riesgo de apatridia ya que un certificado de nacimiento proporciona pruebas de dónde nació una persona y el parentesco - información clave necesaria para establecer una nacionalidad». Pág. 1. Es decir, que se puede llegar a ser apátrida por no haber tenido una nacionalidad desde el momento mismo del nacimiento.

A efectos de la adquisición de la nacionalidad, la normativa del Estado colombiano reconoce el principio llamado *ius sanguini*, que otorga a las personas la nacionalidad de sus padres, el *ius solis* que es la nacionalidad adquirida por el lugar de nacimiento, siempre y cuando se cumpla con el *ius domicili*, es decir, que se adquieren el derecho para aquellos que tengan su residencia dentro de su territorio por suficiente tiempo que asegure su efectiva vinculación.

En este sentido, Loudior *et al.* (2019) lo expresa de la siguiente manera:

[...] los hijos e hijas de los migrantes y personas venezolanas en necesidad de protección internacional que están naciendo en Colombia, así como a muchos hijos e hijas de colombianos retornados que nacieron en Venezuela, se les está negando la nacionalidad colombiana bajo el pretexto de no cumplir con todos los requisitos, en particular, el *ius domicili*, al no tener regularizada su situación migratoria en Colombia por medio de una visa o de otro documento de residencia permanente, exigidos por la legislación nacional, entre otros, la Constitución Política de 1991 y la Ley 43 de 1993.9. Pág. 41.

Los NNA migrantes sin registro de nacimiento que hayan nacido en territorio colombiano y cuyos padres venezolanos no están domiciliados de manera regular y permanente en Colombia (*ius domicili*), no pueden acceder a la nacionalidad colombiana. Ante la dificultad para los padres de cumplir con dichos requisitos, se vuelven muy restrictivo el *ius soli* con la exigencia del *ius domicili*. Es decir, de



conformidad con las normas de la Constitución Política, promulgada en 1991, que establece en su artículo 96 numeral 1, son nacionales colombianos por nacimiento los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento.

Brewer–Carías (1999) entiende que la norma constitucional exige «... la condición de domiciliado de uno de los padres para que el niño -nacido en Colombia de padres extranjeros- adquiera la nacionalidad de ese país, lo que prudentemente limita el *jus soli* como criterio atributivo de la nacionalidad originaria». Pág. 113.

Sin embargo, el Estado colombiano reconoce las dificultades que produce la crisis humanitaria compleja y la situación de migración irregular que afecta la frontera y la dificultad para el acceso a la nacionalidad de NNA migrantes. Según la Registraduría Nacional del Estado de Colombia con el Programa Primero la Niñez (2021):

¿Por qué los niños y niñas NACIDOS EN COLOMBIA Hijos de padres venezolanos, pueden llegar a ser apátridas? Porque no tienen la nacionalidad colombiana ni la venezolana. Estos niños no son nacionales colombianos por el solo hecho de haber nacido en el territorio colombiano porque los padres son extranjeros y deben estar domiciliados en Colombia. Por otro lado, las leyes venezolanas dicen que tienen derecho a esa nacionalidad, pero en la práctica no pueden obtenerla. Pág. 2.

El derecho internacional ha consagrado el derecho a la nacionalidad en distintos instrumentos normativos, ampliando cada vez más el régimen legal sobre la nacionalidad y la apatridia con el objetivo de garantizar su reconocimiento. El artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) (1948) lo reconoce como un elemento fundamental de la identidad de las personas, en los siguientes terminus «Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad». Art. 15.

Este derecho, cuyos titulares son los NNA sin discriminación alguna, que nacen dentro de la jurisdicción de un Estado, no les puede ser restringido o negado en razón de circunstancias particulares de sus padres, por ejemplo, su condición migratoria. En este orden de ideas, el fundamental Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966) declara que «Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad». Art. 24.3. Y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969), lo consagra en los mismos términos:

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla. Art. 20.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) aplica el mismo principio a los NNA, haciendo énfasis en la inscripción después del nacimiento, «El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derechos desde

que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, [...]». Art. 7.

El derecho a obtener una nacionalidad en razón del lugar de nacimiento, que incluye evidentemente la inscripción del nacimiento y el reconocimiento de un nombre, tampoco puede verse restringido en razón de la nacionalidad o características particulares de los padres. Los instrumentos normativos de carácter internacional reconocen el derecho a la nacionalidad como un derecho básico y fundamental, no distinguen ni condiciona la nacionalidad *alius solis* o al *ius sanguini*. Lo que sí es relevante, es que la norma hace referencia a la pertenencia a un país determinado como un derecho inherente a la persona misma. Por lo tanto, el derecho de poseer una nacionalidad no puede entenderse, como el privilegio de nacer bajo el amparo de una nación o de otra, sino como un derecho por el simple hecho de nacer persona.

Así, la privación del derecho a la nacionalidad no sólo puede derivar en una condición de apatridia de NNA migrantes en la frontera colombo - venezolana sino también a su desarrollo como persona y su derecho a la personalidad jurídica. La falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares.

Según Loidor *et al.* (2019), en la frontera se debe reconocer que:

Hay una clara necesidad de brindarle a dicho niño el derecho a la nacionalidad por parte del Estado en cuyo territorio nace, frente a la imposibilidad de conseguir la nacionalidad de sus padres. [...] se debe reconocer que es apátrida o está en riesgo de apatridia o tiene problemas para confirmar la nacionalidad. [...].Pág. 112.

Es evidente la dificultad que tienen NNA en la frontera de adquirir la nacionalidad de sus padres y que los coloca en situación de apatridia, así como la necesidad de verificar la eficacia de la legislación venezolana y los órganos competentes del Estado para abordar esta problemática, pues, si no se reconoce que hay apatridia, no se puede hacer nada para prevenirla o reducirla. Además de que existe en opinión de Loidor *et al.*(2019)»una clara falta de entendimiento entre los dos países sobre los procesos de registro.» Pág. 116.

2.2._DOBLE VULNERABILIDAD DE LOS NNA MIGRANTES EN LA FRONTERA

Los NNA en razón de su edad tienen una especial situación de vulnerabilidad y necesitan protección especial, así lo establece la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH) (1978) «todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado». Art. 19.

Este artículo define una esfera de protección especial de los derechos humanos de los niños, que conlleva la existencia de obligaciones especiales, complementarias y adicionales a cargo de los Estados. Esta esfera de protección especial tiene su fundamento en las condiciones especiales de los NNA como sujetos de derecho, aunado a la vulnerabilidad a la que están expuestos, así como su dependencia de los



adultos para el ejercicio de algunos derechos, el grado de madurez, su desarrollo progresivo y el desconocimiento de sus derechos humanos y de los mecanismos de exigibilidad, que no permite ubicarlo en una situación similar a la de los adultos y que por tanto justifica la adopción de medidas especiales.

Además de la vulnerabilidad en la que se pueden encontrar por las limitaciones asociadas a su edad, es necesario considerar con Maldonado *et al.* (2020) que:

La condición de migrante irregular impone una limitación estructural en el acceso al bienestar, la protección social y el goce de los derechos humanos, comenzando por la identidad jurídica (...) Esa particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas migrantes en condición migratoria irregular adquiere una especial y adicional dimensión en el caso de niños, niñas y adolescentes. Pág. 5.

Atendiendo a los elementos antes expuestos, se entiende que los NNA migrantes se encuentran en una «doble» situación de vulnerabilidad: la combinación entre edad y condición migratoria demanda una protección específica y adecuada de sus derechos por parte de los Estados (de origen, tránsito y destino de migrantes) y de todos los actores involucrados. Así mismo, requieren de derechos concretos que reconozcan sus necesidades de protección especial.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Convención sobre los Derechos del Niño (2017), lo plantea de la siguiente manera a través de la Observación General Conjunta 3 (2017):

En el contexto de la migración internacional, los niños pueden encontrarse en una situación de doble vulnerabilidad como niños y como niños afectados por la migración que: a) son ellos mismos migrantes, ya sea solos o con sus familias; b) nacieron de padres migrantes en los países de destino; o c) permanecen en su país de origen mientras uno o ambos padres han migrado a otro país. Otras vulnerabilidades pueden estar relacionadas con su origen nacional, étnico o social; [...] edad; situación económica; opinión política o de otra índole; u otra condición. Pág. 1.

Tal como lo ha establecido la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la situación de doble vulnerabilidad de NNA implica una protección especial que, al encontrarse en contextos de migración, implica un mayor riesgo de ser violentados en su integridad y sus derechos. De esta manera, relacionado la falta de registro de nacimiento, que le permita proteger su derecho a un nombre, a la nacionalidad, a la personalidad jurídica, será imposible, desde el punto de vista normativo, el acceso y la exigibilidad de derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales. Así lo reconoce la Corte Interamericana de los Derechos Humanos CIDH (2006):

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer. La violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de

esos derechos y contraer obligaciones, y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de los mismos por parte del Estado o de particulares. [...] el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley. Pág. 188.

De lo expuesto se infiere, que los NNA migrantes sin acta de nacimiento en la frontera colombo – venezolana se encuentran en una situación de doble vulnerabilidad, no solo por la falta de registro de nacimiento sino también, en razón de su edad y condición de migrantes irregulares, haciéndose necesaria una protección especial por la vulneración del derecho a la identidad y consecuente violación de la personalidad jurídica, permitiendo interpretar claramente, que cuando uno solo de los elementos de la identidad, resulta de alguna forma perturbado, amenazado o vulnerado, se está frente a una vulneración de la identidad en su sentido absoluto.

Así mismo, son los Estados y todos los actores involucrados quienes tiene la obligación de garantizar la protección integral de NNA migrantes sin incurrir en ningún tipo de discriminación independientemente de si son nacionales o no, y ser ejercidas en igualdad de condiciones respecto a todos los individuos bajo su jurisdicción considerando que Barrantes (2017) «[...]el cumplimiento de dichas obligaciones adquiere mayor importancia en el tema de la niñez migrante pues, los niños y niñas requieren de normas y tratamientos especiales conforme a sus características particulares y sus condiciones de vulnerabilidad como migrantes».Pág. 120.

3. MARCO LEGAL PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE NNA MIGRANTES EN LA FRONTERA COLOMBO VENEZOLANA

Como se ha mencionado, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2006), declara la responsabilidad que tienen todos los Estados para garantizar las condiciones jurídicas que permitan evitar tanto el riesgo de apatridia como la doble vulnerabilidad de NNA migrantes, y subsanar los vacíos de protección que se presentan en la frontera.

3.1. PROTECCIÓN INTERNACIONAL

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) reconoce que «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica» Art. 6. Se debe entender el reconocimiento de este derecho en su sentido amplio, en el marco del principio de universalidad de los derechos humanos. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), en su artículo 24 numerales 2 y 3, reconoce el derecho de todo niño a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y hace referencia al nombre y la nacionalidad». Art. 24.

Por su parte, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969) distingue el derecho al nombre propio y el apellido de los padres o el de uno de ellos, y deja a la Ley de cada país la regulación para garantizar este derecho (CADH,



1969: Art. 18) Y en su artículo 20, consagra el derecho a la nacionalidad, adoptando con preferencia el sistema de *ius solis*, al establecer que, «toda persona tiene derecho a una nacionalidad. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra». Art. 20.

En estos instrumentos normativos de carácter universal y regional, se entiende que los derechos relativos a la identidad y el reconocimiento de la personalidad jurídica aplica a todos los seres humanos, y no solo a aquellos considerados como ciudadanos, debe entenderse el sentido del reconocimiento jurídico del nombre de toda persona humana, y no solo a los que la ley les da la condición de ciudadanos. El derecho a la identidad de las personas en lo civil y familiar, constituye un derecho inherente a su propia condición de ser humano.

Así, todos los NNA migrantes sin registro de nacimiento en la frontera colombo – venezolana que se encuentran en situación de doble vulnerabilidad tienen derecho a ser reconocidos con una identidad, mediante el registro de nacimiento y cumplir con los requisitos necesarios para acceder a una nacionalidad.

La Convención sobre los Derechos del Niño (En adelante CDN) del 20 de noviembre de 1989, sin duda, es el instrumento internacional que presenta mayor relevancia para el objeto de estudio de este artículo, en virtud de ser un tratado internacional que se refiere a la protección de los derechos de todos los NNA. En la Convención se detallan una serie de derechos universales que constituyen requisitos mínimos que los Estados deben cumplir para garantizar la protección de todos los NNA presentes en su jurisdicción. Los Estados parte de la Convención (1989) están obligados a garantizar el registro de nacimiento oportuno de todos los niños:

Artículo 7.

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Parte velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. Art. 7 y 8.

Los derechos reconocidos en este artículo aplican plenamente para todos los NNA en contextos de migración de la frontera colombo - venezolana, porque su aplicación es incluyente, no puede haber diferencia entre niños nacionales o extranjeros (regulares o irregulares) en el otorgamiento de los derechos que se establecen. En este sentido, el órgano autorizado para interpretar la norma de la CDN, el Comité de los Derechos del Niño, ha manifestado de forma explícita en su

Observación General 6 (2005) que:

El disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores —sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes— con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración. Pág. 7.

En otras palabras, la CDN protege a los NNA en contextos de migración, sin discriminación alguna, y tanto el Estado Venezolano como el Estado Colombiano tienen la responsabilidad y la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos a todos los NNA presentes en su jurisdicción, sobre todo aquellos que son más vulnerables por su condición de migrante, o, por no poseer un registro de nacimiento que ampare sus derechos a una nacionalidad, considerando siempre los principios fundamentales de la CDN en la implementación de su legislación.

Por esta razón, las limitaciones en la legislación nacional de Colombia o las barreras para el trámite de documentos de identidad en Venezuela, vulneran el derecho a la identidad y la nacionalidad de NNA migrantes sin acta de nacimiento en la frontera, estando obligados a crear los medios necesarios para el efectivo registro de estos niños sin condicionamientos del lugar de su nacimiento, o, la situación migratoria de sus padres. De lo contrario, se estaría en frente a un condicionamiento que deja a un lado el carácter absoluto de la dignidad humana de NNA.

A este respecto, Barrantes (2017) asegura que, en el caso de los NNA en contextos de migración la obligación que impone la CDN. Y esto, para Barrantes (2017) «[...]implica que independientemente de los motivos por los que la persona decide migrar o de si su ingreso en el territorio fue de manera regular o no, el Estado respectivo debe asegurarse de que sus derechos humanos no sean transgredidos». Pág. 119.

Por su parte, el Estado colombiano, ha reconocido el riesgo de apatridia en la que se encuentran los niños nacidos en Colombia, y que son hijos de migrantes venezolanos. El Ejecutivo Nacional presentó el 16 de septiembre de 2019 una resolución que permite realizar el acto de registro de nacimiento de niños, que son hijos de venezolanos en riesgo de apatridia y otorgar a los nacidos en su territorio la nacionalidad colombiana. Se trata de la **Ley N° 1997**. Por medio de dicha Ley, se establece un *Régimen Especial y Excepcional para Adquirir La Nacionalidad Colombiana por Nacimiento, para Hijos e Hijas de Venezolanos en Situación de Migración Regular o Irregular, o de solicitantes de refugio, nacidos en territorio colombiano, con el fin de Prevenir la Apatridia* (2019), la cual contempla lo siguiente:

Artículo 1°. Adiciónese un párrafo al artículo 2° de la Ley 43 de 1993, así:

De la nacionalidad colombiana por nacimiento.

Artículo 2°. De los requisitos para la adquisición de la nacionalidad colombiana por nacimiento.

Son naturales de Colombia los nacidos dentro de los límites del territorio



nacional tal como quedó señalado en el artículo 101 de la Constitución Política.

Por domicilio se entiende la residencia en Colombia acompañada del ánimo de permanecer en el territorio nacional, de acuerdo con las normas pertinentes del Código Civil.

Parágrafo: Excepcionalmente se presumirá la residencia y ánimo de permanencia en Colombia de las personas venezolanas en situación migratoria regular o irregular, o solicitantes de refugio, cuyos hijos e hijas hayan nacido en territorio colombiano desde el 10 de enero de 2015 y hasta 2 años después de la promulgación de esta ley. (Ley N° 1997, 2019: Art. 1 y 2.

En el año 2014, Colombia ratificó su adhesión a la Convención para la Reducción de Casos de Apatridia de 1961 obligándose a proteger a NNA que nacieron en su territorio y subsistan los obstáculos para obtener la nacionalidad venezolana. Esta Ley tiene una vigencia de dos años a partir de su promulgación, su naturaleza jurídica es de acto administrativo y ha sido prorrogada por dos años más, extendiendo su vigencia hasta el año 2023.

Esta medida aplica para aquellos niños y niñas, hijos de padres venezolanos, nacidos en Colombia desde el 19 de agosto de 2015, que no tengan otra nacionalidad, el nacimiento debió ocurrir en Colombia; los padres deben ser de nacionalidad venezolana; y el padre o la madre venezolanos se deben identificar con alguno de estos documentos: a) Cédula de extranjería vigente; b) Permiso Especial de Permanencia – PEP vigente; c) Pasaporte expedido por la República Bolivariana de Venezuela vigente o vencido; d) Cédula de identidad expedida por la República Bolivariana de Venezuela vigente o vencida.

En decir, la respuesta del gobierno colombiano ha sido de carácter provisional por medio de decretos que buscan dar respuesta a la situación de los NNA en riesgo de apatridia. Sin embargo, el decreto podría estar presentando dificultades con relación a la vigencia temporal. Así lo expone Gómez (2021) en su análisis de la vigencia temporal de la Ley 1997 de 2019:

No debería estar limitada para acceder a prerrogativas legales y constitucionales con fundamento en calificaciones rigurosas de tiempo o espacio, sino que por el contrario, deberían ser objeto del privilegio de un sentido de solidaridad y empatía mucho más amplia, especialmente si se tiene en cuenta que se trata de la protección de derechos fundamentales de los niños y niñas, los cuales como lo dispone el ordenamiento superior, tienen un carácter de prevalencia tan amplio que superan las proyecciones y los análisis políticos. Pág. 24.

Finalmente, la respuesta del Estado Colombiano con la Ley 1997 es un esfuerzo, desde el punto de vista jurídico, para dar pasos en la restitución de los derechos a la nacionalidad vulnerado de NNA migrantes sin acta de nacimiento. Aún cuando, éste decreto tiene sus limitaciones y sus vacíos jurídicos, intenta evitar que niños nacidos en Colombia, de padres venezolanos obtengan la nacionalidad colombiana y evitar la posibilidad de convertirse en un apátrida.

3.2. ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

Tras la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) por parte del Estado venezolano en 1990, asume el compromiso de garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional todos los derechos reconocidos en este instrumento jurídico internacional. Por lo tanto, el Estado Venezolano tiene la obligación de hacer efectiva la protección integral de los derechos del niño según los estándares jurídicos que proporciona la Convención. La CNRBV 1999 y la LOPNNA 2007 es el cuerpo legislativo nacional que se encargó de desarrollar los principios y normas de los derechos humanos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), consagra en los artículos 56 y 78, lo siguiente:

Artículo 56. Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos [...] Toda persona tiene derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley.

Artículo 78. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

En la misma línea de protección integral que caracterizan la norma constitucional, la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y adolescente (2006), lo expresa en los artículos:

Artículo 16: Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a un nombre y a una nacionalidad.

Artículo 17: Todos los niños y niñas tienen el derecho a ser identificados o identificadas, inmediatamente después de su nacimiento. A tal efecto, el Estado debe garantizar que los recién nacidos y las recién nacidas sean identificados o identificadas obligatoria y oportunamente, estableciendo el vínculo filial con la madre.

El ordenamiento jurídico venezolano, enmarcado en la promoción, la garantía y protección de los derechos humanos, los principios consagrados en la CDN y por mandato Constitucional, ordena al Estado crear los mecanismos necesarios para la oportuna inscripción del registro de nacimiento y el acceso al derecho a la identidad de todos los NNA, so pena de incurrir en la violación de derechos colectivos y difusos, si se verifica la inexistencia o ineficacia de políticas de estado para la protección del derecho a la identidad como prioridad absoluta.



El artículo 7 de la CNRBV (1999) expresa «la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución». Por su parte, el artículo 19 dispone:

El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen. Artículo 19.

En resumen, la CNRBV y la LOPNNA ratifican el derecho que tiene todo NNA a un nombre propio, al apellido de padre de la madre, a conocer la identidad de estos, a ser inscritos gratuitamente en el Registro Civil y obtener documentos públicos que comprueben su identidad y nacionalidad.

Además, de adecuar los procedimientos administrativos, crear e implementar políticas públicas para el efectivo acceso de NNA migrante al registro de nacimiento en la frontera colombo – venezolana. Buiz *et al.* (2003), considera que «el mecanismo más adecuado para avanzar en la solución sustancial de la grave violación al derecho al nombre y a la nacionalidad, se expresaría en la creación y funcionamiento apropiado de unidades de registro civiles lo más inmediatamente cercanos al hecho mismo del nacimiento». Pág. 29.

CONCLUSIONES

La crisis migratoria en la frontera colombo – venezolana, producto de la crisis humanitaria compleja del país, ha llevado a que NNA sin registro de nacimiento, en situación de movilidad, vean vulnerando su derecho a la identidad por su condición de migrante irregular y la falta de políticas públicas que permitan el registro oportuno de NNA en la frontera. Los niños hijos de venezolanos nacidos en Colombia y sin registro de nacimiento en Venezuela, se encuentran ante la vulneración no solo del derecho a la identidad, sino que también, al no contar con medios que permitan verificar su nacionalidad, los coloca en una situación de riesgo de apatridia.

Desde la perspectiva de los derechos humanos existe un sistema amplio de protección del derecho a la identidad de NNA, distintos instrumentos normativos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño, reconocen la necesaria protección del derecho a la identidad del niño basados en el principio de igualdad y sin discriminación por su condición de nacional o extranjero. Colombia, con la Ley 1999, ha dado pasos para garantizar que los niños venezolanos en riesgo de apatridia sean reconocidos con un nombre, su pertenencia a una familia y una nacionalidad, esencial para asegurar la efectiva realización de todos los demás derechos.

A nivel nacional, el ordenamiento jurídico venezolano cuentan con un adecuado marco legal que implementa los principios de la CDN en la CNRBV y la LOPNNA,



sin embargo, no se evidenció ninguna acción por parte del Estado en la creación, promoción o aplicación de políticas públicas que permita incluir a la población de NNA vulnerables de la frontera, y que ponga especial atención en los niños y niñas sin acta de nacimiento en situación de movilidad. Contribuyendo con su inacción u omisión en la vulneración de las obligaciones contraídas en materia de derechos humanos y en la CNRBV.

Tendrán que llevarse a cabo otros estudios sobre doble identidad de NNA hijos de venezolanos que podría suscitarse por la amplitud que concede la Ley 1999, que concede la nacionalidad colombiana sin exigir mayores trámites y la posibilidad de que ese nacimiento también sea registrado en Venezuela como parto extrahospitalario, muy común en la La Guajira. También, se recomienda el trabajo en conjunto con organizaciones humanitarias para campañas de información sobre el registro oportuno de NNA y la creación de políticas públicas que permitan garantizar el derecho a la identidad de NNA migrantes, sin acta de nacimiento frontera La Guajira (Venezuela) – Maicao (Colombia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS

Buaiz, Y.; Cornieles, C.; Morais, M. (2003). «*Tercer Año de la Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. IV Jornadas sobre la LONNA*». Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Caracas, Venezuela.

Brewer-Carías, A. R. (1999). «*Debate Constituyente. Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*». Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.

Brewer-Carías, A. R. (2013). «*Tratado de Derecho Administrativo Tomo I: El Derecho administrativo y sus principios fundamentales*». En <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2013/07/BREWER-TRATADO-DE-DA-TOMO-I-9789803652067-txt-1.pdf>. [Consultado: 20 de marzo 2022]

Louidor, W. E.; Calderón, Ó. J.; Castellanos, A.; Leal, S. C.; Sierra, P. J. (2019). «*Por una Frontera Garante de los Derechos Humanos*». Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

TESIS

Artilesde Vilchez, E. (2012). «*El Derecho a la identidad en la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente a dos años de la Entrada en Vigencia de la Ley Orgánica de Registro Civil*». (Especialista en Derecho de Familia). En <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAS6572.pdf>. [Consultado: 01 de marzo 2022]



Barrantes, J. (2017) «*Protección Jurídica de los Derechos Humanos de los Niños y Niñas Migrantes en Centroamérica: menores no acompañados y separados*». (Licenciatura en Derecho). En <http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/xmlui/handle/123456789/5271>. [Consultado: 15 de febrero 2022]

Gómez, D. (2021) «*Riesgo de Apatridia para Infantes Venezolanos. Análisis desde la Vigencia Temporal de la Ley 1997 de 2019*». (Trabajo Especial de Grado). En <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/26175>. [Consultado: 30 de marzo de 2022]

Vélez, N. (2021) «*Apatridia: La Protección del Derecho a la Nacionalidad de las Personas Apátridas en Colombia*». (Trabajo Especial de Grado). En https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/30149/Natalia_VelezMartinez_2021.pdf?sequence=2&isAllowed=y. [Consultado: 7 de abril 2022]

REVISTA

Ávila, K. y Pineda E. (2019). «*Aproximaciones a la migración colombovenezolana: desigualdad, prejuicio y vulnerabilidad*». Revista Misión Jurídica. En <https://revistes.ub.edu/index.php/clivatge/article/view/CLIVATGE2019.7.3>. [Consultado: 15 de marzo de 2022]

Cortizo, J. (1993). Tipología de las Migraciones Internacionales En «*Polígonos Revista de Geografía*». En <http://revpubli.unileon.es/ojs/index.php/poligonos/article/view/1247> [Consultado: 28 de marzo 2022]

Maldonado, C.; Martínez, J.; Martínez, R. (2018). «*Protección social y migración. Una mirada desde las vulnerabilidades a lo largo del ciclo de la migración y de la vida de las personas*». Comisión Económica para América Latina y el Caribe. En https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/44021/S1800613_es.pdf. [Consultado: 15 febrero 2022]

Pezo, L. (2005). «*La Migración Rural en su Fase Motivacional: Aportes Para Su Estudio Desde El Caso De Río Hurtado, IV Región, Chile*». Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. En <https://www.redalyc.org/pdf/508/50800709.pdf>. [Consultado: 04 de abril 2022]

Polesde Grcciotti, A.; Grimaldo, N.; Aguilar, A.; Leal, Y.; Vicuñadela Rosa, M.; Meneses, Y.; Vivas, C. (2015). «*Registro Civil Abordaje teórico en Colombia y Venezuela*». Universidad Simón Bolívar. Repositorio Digital. En <https://bonga.unisimon.edu.co/handle/20.500.12442/1148>. [Consultado: 7 de abril 2022]

TEXTOS LEGALES

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). «*Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos*» del 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). «*Convención sobre Los Derechos del Niño*» del 20 de noviembre de 1989 y entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). «*Declaración Universal de los Derechos Humanos*». Del 10 de diciembre de 1948

Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas. (1954). «*Convención sobre el Estatuto de los Apátridas*» de 26 abril de 1954. Entrada en vigor: 6 de junio de 1960.

Asamblea Nacional Constituyente. (1999). «*Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*». Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.860 del 30 de diciembre de 1.999

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. (2006). «*Ley Orgánica de Identificación*». Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.458 del 14 de Junio de 2006.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. (2004). «*Ley de Nacionalidad y Ciudadanía*». Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.971 de 01 de julio de 2004.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. (2007). «*Ley Orgánica para la Protección De Niños, Niñas y Adolescentes*». Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.859 Extraordinaria de 10 de diciembre de 2007.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana De Venezuela. (2009). *Ley Orgánica de Registro Civil*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.264 de 15 de septiembre de 2009

Congreso de la República de Colombia. (2019). *Ley 1997 por medio del cual se establece un régimen especial y excepcional para adquirir la nacionalidad colombiana por nacimiento, para hijos e hijas de venezolanos en situación de migración regular o irregular, o de solicitantes de refugio, nacidos en territorio colombiano, con el fin de prevenir la apatridia* del 16 de septiembre de 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. «*Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*». Sentencia de 29 de marzo de 2006. En https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf. [Consultado: 25 de marzo 2022].

Organización de los Estados Americanos. (1978). «*Convención Americana sobre Derechos Humanos*». Gaceta Oficial No. 9460 del 11 de febrero de 1978. Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 Entrada en Vigor: 18 de julio de 1978

INFORMES

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2017), «*¿Qué es un apátrida?*» En <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/10996.pdf?%20file=fileadmin> [Consultado: 7 de abril de 2022]



Alto Comisionado de las Naciones Unidas para losRefugiados. (2021). «Operational Update. Colombia». En https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/FOR%20REVISIONS%20UNHCR%20Colombia%20Operational%20Update%20October-November_VF_PI.pdf [Consultado: 15 de febrero 2022]

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. (13 julio 2021) by Resolución 45/158 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1990.

Convención Sobre los Derechos del Niño. (20 de noviembre de 1989) Tratado internacional adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas.

Observación General Conjunta N° 3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 22. (2017). «Del Comité de los Derechos del Niño sobre los Principios Generales Relativos a los Derechos Humanos de los niños en el Contexto de la Migración Internacional». En <https://www.refworld.org/es/pdfid/5bd780094.pdf>. [Consultado: 15 de marzo 2022]

Comité de los Derechos del Niño. (2005). «Observación General N° 6. Trato de los Menores no Acompañados y Separados de su Familia Fuera de su País de Origen». En <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf> [Consultado: 15 de marzo 2022].

Consejo Danés para Refugiados. (2021). «Informe de Monitoreo para Refugiados». En <https://data2.unhcr.org>. [Consultado: 20 de febrero 2022]. [Consultado: 30 de enero 2022]

Cruz Roja Colombiana. (2021). «Informe de Investigación: Situación de Migración Procedente de Venezuela». En <https://docs.bvsalud.org/biblioref/2019/05/996729/migracion-procedente-de-venezuela-crcscb-2.pdf>. [Consultado: 15 de marzo de 2022]

Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (2012). «Amicus Curiae sobre la solicitud de opinión consultiva N° 21: Derechos de los/as niños/as migrantes». En <https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/31/31.pdf>. [Consultado: 4 de abril 2022].

Organización Internacional para las Migraciones. (2009). «Migración Irregular y Flujos Migratorios Mixtos: Enfoque de la OIM». En https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/policy_documents/MC-INF-297-Flujos-Migratorios-Mixtos_ES.pdf. [Consultado: 15 de marzo de 2022]

Observatorio Proyecto Migración Venezuela. (2021). «Caracterización de la niñez y adolescencia migrante en Colombia». En: https://s3.amazonaws.com/semanaruralvzla/documentos/1619180458_informeninezmigrantepdf. [Consultado: 20 de marzo 2022]



Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. (2020). «*Refugiados y Migrantes Venezolanos*». En <https://www.r4v.info/en/regional>. [Consultado: 01 de marzo de 2022]

Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. (2021). «*Caracterización conjunta de movimientos mixtos*». En https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/4_Caracterizaci%C3%25B3n%2520de%2520flujos_LMP_LB_01092021.pdf. [Consultado: 01 de marzo de 2022]

Registraduría Nacional del Estado Civil. Gobierno de Colombia. (2021). «*Programa Primero la Niñez*». En <https://www.migracioncolombia.gov.co> [Consultado: 15 de febrero 2022]

REDESSOCIALES

Servicio Autónomo de Identificación y Extranjería (@redsocialsaime) 29/03/2022. El costo de la prórroga y del pasaporte se encuentra anclado al valor de la criptomoneda. [Post]. En: <https://www.instagram.com/redsocialsaime/?hl=es-la> [Consultado en línea el: 20/04/2022]

LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN DERIVADAS DEL ANTE-PROYECTO DE LEY DE CONVIVENCIA ESCOLAR PACÍFICA. COMPROMISOS, POSIBILIDADES Y DESAFÍOS DE LAS COMUNIDADES CIENTÍFICAS VENEZOLANAS FRENTE AL ACOSO ESCOLAR

RESEARCH LINES DERIVED FROM THE DRAFT LAW FOR PEACEFUL SCHOOL COEXISTENCE. COMMITMENTS, POSSIBILITIES AND CHALLENGES OF THE VENEZUELAN SCIENTIFIC COMMUNITIES IN THE FACE OF BULLYING

Jesús Alfredo Morales Carrero⁶⁷

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.08.05>

Fecha de Recepción: 01 de octubre de 2022

Fecha de Aceptación: 11 de enero 2023

RESUMEN

El propósito de esta investigación como resultado de la revisión documental de los cometidos del Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica, es proponer treinta y tres (33) líneas temáticas en función de las cuales, perfilar potenciales ámbitos de indagación que, como parte de las responsabilidades de las comunidades científicas del país y de las instituciones educativas en general, pudieran favorecer el emprendimiento de esfuerzos en razón de reducir los factores de riesgo que posibilitan la emergencia, permanencia y redimensionamiento del potencial destructivo del acoso escolar en sus diversas manifestaciones. Parte de los resultados reiteran la necesidad de unificar esfuerzos en torno a la consolidación de la institución educativa como un lugar seguro, mediante el accionar conjunto, sinérgico y corresponsable de los órganos del Estado, la comunidad educativa y los demás factores de socialización (la familia, la sociedad).

Palabras Clave: líneas de investigación, convivencia pacífica, acoso escolar, agentes de socialización, factores de riesgo/protección.

ABSTRACT

The purpose of this research as a result of the documentary review of the tasks of the Draft Law for Peaceful School Coexistence, is to propose thirty-three (33) thematic lines based on which outline potential areas of inquiry that, as part of the responsibilities of the country's scientific communities and educational institutions in general, could favor the undertaking of efforts that enable the emergence, permanence and re-dimensioning of the destructive potential of bullying in its various manifestations. Part of the results reiterate the need to unify efforts around the consolidation of the educational institution as a safe place, through the joint, synergistic and co-responsible action of the State bodies, the educational community and other socialization factors (the family, the society).

Keywords: research lines, peaceful coexistence, bullying, socialization agents, risk/protection factor.

⁶⁷ Político y Docente de Psicología General y Orientación Educativa. Investigador Socioeducativo Emérito. Árbitro en revistas nacionales e internacionales. Universidad de Los Andes (ULA), Venezuela. Correo: lectoescrituraula@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8379-2482>

INTRODUCCIÓN

Empezar acciones para enfrentar los efectos destructivos de la violencia que se perpetra en el contexto escolar, sugiere el desarrollo de procesos de investigación que aporten a la transformación de las condiciones de desigualdad, exclusión y dominación ejercida sobre los más vulnerables, los más débiles e indefensos. Al respecto, el Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica, reitera la necesidad de erradicar los factores de riesgo responsables de la vulneración de la integridad psicosocial y de la dignidad humana, por entrañar vejaciones sistemáticas a las que se les adjudica el poder de condicionar negativamente el desempeño pleno del potencial del ser humano.

En tal sentido, apostar por la convivencia social armónica pasa por la necesidad de revisar los factores que impiden su consolidación efectiva, la cual, históricamente se ha visto menguada como resultado de Maalouf(1999) «la omnipresente intolerancia que ha configurado las condiciones de rivalidad entre agrupaciones socioculturales». Pág. 27; reduciendo la coexistencia y el derecho pleno que le asiste a todo ciudadano de gozar de una vida libre de humillaciones, persecuciones sistemáticas y maltratos que por ubicarlo en un estado de inferioridad le invisibilizan dejándolo a merced del poder destructivo de la violencia.

Una revisión de los cometidos de esta iniciativa legislativa, refiere a la transformación del contexto educativo mediante la reducción de los factores de riesgo que atentan contra el equilibrio institucional y el clima positivo/funcional en el que los procesos de enseñanza y aprendizaje se den de manera coherente, ayudando al sujeto a ampliar su dimensión cognitiva y adoptar la flexibilidad del pensamiento para reconocer al otro como un par. Al respecto Tedesco (2014), indica que la instauración de patrones de tolerancia en una sociedad multicultural demanda esfuerzos en torno a desarrollar en cada individuo sus «capacidades para expresarse libremente, aprender a convivir con los diferentes y a aceptar la diversidad, como elementos que constituyen, en este sentido, los retos más importantes que se abren a las sociedades y a las personas en el nuevo milenio». Pág. 46

De allí, la persistente invitación de Maalouf (1999) de transformar el contexto educativo en un escenario para el entendimiento, en el que se debe integrar la promoción de ideales sustentados en que «todos los seres humanos, sin excepción alguna, poseemos una identidad compuesta, basta con que hagamos algunas preguntas para que afloren olvidadas fracturas e insospechadas ramificaciones, y para descubrirnos como seres complejos, únicos e irremplazables». Pág. 13. Por consiguiente, la búsqueda del entendimiento y la reconciliación debe partir de acciones colectivas, en las que se inste a los sujetos que confluyen en la institución educativa para que flexibilicen su modo de pensar hasta lograr convicciones profundas en torno al diálogo y al encuentro, en un intento por adoptar valores universales y compartidos desde la reciprocidad, que coadyuven con la erradicación de los prejuicios, de actitudes nocivas y en la supresión de rencores.

Cumplir estos cometidos según el Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica demanda la articulación de esfuerzos tanto de los factores de socialización

como de las instituciones del Estado, en lo referente a la transformación de la escuela en un lugar seguro, en el que prime la defensa de los derechos humanos y la promoción de la justicia, el bien común y la libertad, como valores garantes de la construcción de una sociedad democrática en la que el elemento mediador de las relaciones de convivencia sea el respeto y el reconocimiento desde la reciprocidad. En esta propuesta legislativa se aprecian como principios rectores de la vida en comunidad, la erradicación de la discriminación, la intolerancia y la violencia, mediante la formación de una nueva ciudadanía cuyo proceder se encuentre permeado por el sentido de corresponsabilidad en torno a la creación de condiciones dignificantes de la vida humana.

En razón de lo planteado, esta investigación como resultado de la revisión documental del Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica, plantea treinta y tres líneas de indagación en torno a las cuales las comunidades científicas venezolanas deberán actuar para responder a las implicaciones, desafíos y compromisos del Estado, la comunidad educativa y la familia, en torno al manejo del acoso escolar en sus diversas manifestaciones hasta lograr la consolidación de la tolerancia, la comprensión empática y el respeto por la diversidad sociocultural.

DESARROLLO

1. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN DERIVADAS DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONVIVENCIA ESCOLAR PACÍFICA, QUE PUDIERAN AMPLIAR LA INTERVENCIÓN PREVENTIVA DEL ACOSO ESCOLAR

La sociedad en general enfrenta uno de los mayores desafíos de su historia, la construcción de condiciones de apertura hacia el reconocimiento de la diversidad social, cultural, religiosa, política y racial. En consecuencia, los esfuerzos por consolidarla vida plena han demandado procesos de intervención y prevención que procuran el fortalecimiento de la negociación, la conciliación y la promoción de la comprensión mutua, como procesos estrechamente vinculados con la ruptura de las amenazas multifactoriales que procuran la destructividad humana.

En razón de lo expuesto, el Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica plantea la erradicación de los abusos, maltratos perversos y el sometimiento de los más vulnerables, mediante acciones focalizadas que procuran otorgarle vitalidad a los vínculos humanos que se dan al interior de la institución educativa y, de los que depende la recuperación de la representación social que le atribuye a este factor de socialización, es decir, la connotación de un lugar seguro.

De allí, el propósito reiterativo que insta a la construcción de escenarios para la paz en los que el sujeto alcance el desarrollo pleno de su persona sin ninguna limitante, lo cual demanda el establecimiento de límites de comportamiento que fundados en el respeto, garanticen el manejo oportuno de los conflictos en un intento por evitar la emergencia del denominado clima hostil, intolerante e impositivo, al que se le adjudica entre otros aspectos, el abandono escolar y el absentismo de los más débiles, quienes se autoperciben desamparados y puestos a merced de sujetos violentos, cuyo escasa



disposición para la convivencia en condiciones armónicas dificulta su capacidad para adaptarse a la vida social respetuosa .

Lograr estos cometidos desde la perspectiva de Maalouf (1999), involucra el accionar socioeducativo en torno a la reivindicación de valores universales que coadyuven en el compromiso institucional de «tejer lazos de unión, disipar malentendidos, hacer entrar en razón a unos, moderar a otros, allanar, reconciliar, su vocación es construir enlaces, mediadores entre las diversas comunidades y las diversas culturas». Pág. 6. En otras palabras, el rol de la institución educativa en conjunto con el resto de los factores de socialización debe ser la creación de condiciones oportunas que garanticen el respeto por la integridad psicosocial del sujeto, la cual involucra el reconocimiento a su individualidad, a sus rasgos socioculturales particulares y a su modo de ver el mundo.

Según se aprecia en la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica, emprender procesos de intervención preventiva que aborden la conflictividad por la que atraviesa la escuela, demanda «la actuación concertada de la sociedad, las familias, la comunidad educativa y por supuesto de los niños, niñas y adolescentes». Pág. 1. En razón de lo expuesto, se enumeran treinta y tres (33) líneas de investigación así como las razones y posibles aspectos que pudieran orientar la profundización en nuevos campos asociados con la erradicación de la violencia escolar como fenómeno multifactorial, estas son:

1.1. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA DE INTERVENCIÓN

1.1.1. CONCERTAR ESTRATEGIAS DE ABORDAJE COOPERATIVO ENTRE LA FAMILIA, EL ESTADO Y LA COMUNIDAD EDUCATIVA

Impulsar procesos en torno a la conjugación de esfuerzos provenientes de los factores de socialización, requiere poner en marcha acciones en las que se promueva la co-participación y el sentido de corresponsabilidad en torno al tratamiento del acoso escolar. De allí, la necesidad de ampliar los canales de participación activa, en la que cada miembro de la comunidad educativa asuma roles específicos, tareas puntuales y la colaboración concreta en la consolidación objetivos comunes.

En tal sentido, la institución educativa debe crear como parte de los procesos de integración de terceros, la flexibilización y el sentido de apertura de los elementos de la administración educativa, los cuales, por contener subprocesos como la planificación, organización, ejecución y seguimiento de los propósitos de los programas curriculares, constituyen medios estratégicos a partir de los cuales definir contenidos actitudinales, priorizar en la enseñanza de principios éticos y morales, así como procesos de relacionamiento positivo que coadyuven con la convivencia en condiciones de respeto.

Según propone Sarramona (2007), las dimensiones que requieren especial tratamiento por sus implicaciones en la emergencia del acoso escolar son: el mejoramiento del entorno familiar, el seguimiento a los comportamientos de riesgo, la participación de los padres en la construcción de un ambiente de convivencia



positivo, el rol complementario de la familia en la consolidación de actividades escolares; del mismo modo»la unificación de criterios entre la escuela y la familia que trascienda del acuerdo sobre el trabajo de contenidos al seguimiento conjunto de los procesos evolutivos, los conflictos y las dificultades particulares de cada estudiante». Pág. 35.

En otras palabras, atender a la familia y garantizar su oportuno funcionamiento supone, entre otras cosas, fortalecer los modos de relacionamiento saludable y positivo que garanticen la construcción de nexos padres e hijos y, entre estos y los integrantes de otros contextos de interacción en los que se participa, ampliando de esta manera las posibilidades para fortalecer el sentido de apertura a la unicidad, al desarrollo de condiciones tanto personales como sociales que redunden en torno a la consolidación de vínculos que enriquezcan y coadyuven con el desenvolvimiento del sentimiento de valía como de estabilidad psico-socio-emocional.

1.1.2. PRÁCTICAS ARBITRARIAS EJERCIDAS POR EL DOCENTE QUE MOTIVAN LA VIOLENCIA ESCOLAR

La construcción de espacios democráticos para la enseñanza y aprendizaje significativos, requiere la corrección de actitudes vejatorias, maltratadoras y arbitrarias, que consciente o inconscientemente el docente manifiesta en su quehacer cotidiano y, en el que se precisan rasgos autoritarios que tensan las relaciones grupales; por lo general, este proceder procura establecer orden y disciplina, como aspectos vinculados con la imposición del control. Por ende, trabajar en función de reducir la violencia que se perpetra entre los grupos de pares y entre estudiantes y docentes, requiere el trato respetuoso que Vázquez(2003) «evite el etiquetamiento, la estigmatización y, la posible exclusión, que conduzca al estudiante a desertar por sentirse asediado». Pág. 19.

Frente a esta realidad cada vez más recurrente, el funcionamiento de las instituciones educativas deberá sufrir transformaciones significativas que privilegien sistemas heterárquicos, en los que la imposición de jerarquías se reduzca y por consiguiente, se haga una distribución de la autoridad de manera más horizontal, hasta lograr el establecimiento de vínculos positivos, Naranjo, (2013) la aplicabilidad de «correctivos justos y de medidas que aporten al orden y no al castigo, como una manifestación de arbitrariedad a la que se le adjudica el redimensionamiento de la reacción violenta». Pág. 4.

1.1.3. EL ABORDAJE DEL VICTIMARIO

El trabajo con el sujeto activo de la relación violenta, requiere la profundización en comportamientos, conductas y actitudes que por representar factores de riesgo para sus pares, requiere en principio, la comprensión que permita precisar las razones de su proceder; de allí, que el trabajo investigativo plantee la revisión de los rasgos psicológicos de su personalidad, con el propósito de valorar su precocidad antisocial, su resistencia a la corrección y la insensibilidad moral. Esto invita Vázquez (2003) a la revisión de «las condiciones familiares y sociales en la que se ha desarrollado».

Pág. 19; las causas e implicaciones de su deficiente socialización, las motivaciones del aprendizaje defectuoso de las normas de convivencia social, las dificultades para unirse, participar e integrarse respetuosamente en el contexto socioeducativo, así como los efectos del aprendizaje social como determinantes tanto cognitivos como comportamentales de su proceder.

Precisar estos aspectos como parte de los procesos de intervención, amplía las posibilidades para desplegar acciones focalizadas que ayuden en el desarrollo, ajuste y modificación de la conducta social; esto refiere al acompañamiento especializado que eleve las posibilidades para relacionarse positivamente, interactuar en condiciones de respeto y el redireccionamiento de las motivaciones, intereses y las actitudes destructivas. En consecuencia, se trata de trabajar en función de resolver las dificultades de adaptación social, que le impiden adherirse a la vida en comunidad con éxito, entre otras razones, Vázquez (2003) por «la recurrente negación de la responsabilidad, del daño causado y de la víctima». Pág. 19; así como Morales(2023) «las causales de la desviación primaria, de los castigos reiterados producto de estilos de crianza totalitarios y la precisión de reforzadores sociales que han contribuido con la adopción de la violencia como único mecanismo para la resolución de los conflictos».Pág. 202. Otros aspectos que requieren indagación, refieren a qué motivaciones tiene el sujeto agresor para Olweus (2020) «perpetrar daños físicos, psicológicos y emocionales y, de este modo establecer relaciones con el uso y abuso del poder contra terceros». Pág. 67.

1.1.4. LA CONSTRUCCIÓN DE ESCENARIOS SOCIOEDUCATIVOS SEGUROS

La consolidación de espacios en los que prime la convivencia armónica, requiere el reforzamiento de las normas sociales y de los códigos que orientan el relacionamiento humano positivo. En tal sentido, reducir las condiciones de inseguridad que permean la institución educativa, demanda acciones concretas como Camps(2000)»la enseñanza permanente de pautas que garanticen la libertad de todos, prevenir redes invisibles de coacción que enjaulan a los más vulnerables y compartir responsabilidades, pues todo individuo debe velar por sí mismo y por quienes integran su espacio inmediato». Pág. 77.

Según propone Vázquez (2003), la transformación de la escuela como un espacio para el resguardo de la integridad, requiere «la revisión de sus mecanismos de protección, de los protocolos de funcionamiento y de las pautas de organización institucional». Pág. 19; lo cual demanda, la realización de diagnósticos y representaciones (croquis) que identifiquen los puntos débiles, las zonas que presentan mayor inestabilidad y, por consiguiente mayor vigilancia. Lograr estos cometidos, requiere el diseño de acciones de supervisión no solo de espacios sino de comportamientos de los sujetos incurso en maltrato, sobre los cuales se deben desplegar mecanismos de disuasión. Esto sugiere crear ambientes comunes para el encuentro en los que prime la seguridad psicológica, física y emocional, Corkille (2010) para lo que se considera necesario «formar a los docentes como guardianes de espacios estratégicos, en los que desde el punto de vista simbólico se concentre la sensación de resguardo y de protección». Pág. 45.



Por consiguiente la construcción de escenarios educativos seguros requiere la consolidación de dimensiones específicas asociadas con la cultura de paz, la gestión de conflictos y la convivencia armónica, entre las que se precisa: en primer lugar, el mejoramiento de la organización de los esquemas de vigilancia. En segundo lugar, la definición de reglas claras que determinen el orden y la disciplina y, en tercer lugar, el fortalecimiento de los vínculos de relacionamiento positivo que conduzcan a la adopción de actitudes tolerantes, Olweus (2020) dispuestas a «la aceptación de la diversidad social y cultural así como actuaciones conciliadoras, sensibles a la negociación». Pág. 20.

1.1.5_. DISEÑO Y APLICACIÓN DE MECANISMOS DE JUSTICIA SOCIAL

Abordar las condiciones de desigualdad en lo que a oportunidades refiere y la reducción tanto de la discriminación como de la exclusión que permean a la sociedad, supone la formulación de procesos de intervención preventiva frente a los fenómenos socioeducativos que tienen su eco en la institución educativa y, que exigen la ampliación de las posibilidades para que los sujetos más vulnerables logren acceder a los medios y recursos necesarios para alcanzar su realización personal. Según propone Cortina (2000), algunos aspectos asociados con la justicia social involucran la inclusión efectiva que insta a la cohesión, al trato integrador igualitario y al ejercicio pleno de las libertades y del auténtico pluralismo que conduzca a los miembros de la comunidad educativa a la praxis de la verdadera convivencia y no a «la mera coexistencia de distintas concepciones acerca de lo que los hace felices a los hombres y acerca de lo que deben hacer, sino al trato justo, comprometido con el resguardo del otro». Pág. 73.

Según propone López (2008), algunos mecanismos asociados con la justicia social involucra la reducción de los riesgos ocasionados por conductas problemáticas, lo que sugiere generar las condiciones necesarias para que «el sujeto incurso en situaciones conflictivas, desarrolle un patrón de vida estable, que le permita insertarse en el escenario socioeducativo desde la integración efectiva, que le permita evolucionar apropiadamente a lo largo de su vida». Pág. 165.

1.1.6_. ABORDAJE DEL PATRIARCADO, LA DOMINACIÓN Y LA SUMISIÓN

Emprender la revisión de los modelos familiares, de sus características, modos de funcionamiento y roles que juega cada uno de sus miembros, constituyen aristas a partir de las cuales comprender en profundidad las prácticas de relacionamiento nocivas y destructivas que requieren acompañamiento especializado. En razón de abordar las derivaciones del patriarcado, se considera perentoria la creación de experiencias educativas, en las que se consideren los componentes cognitivos, social y conductual-comportamental, así como afectivo, emocional y valorativo, con el propósito de promover el sentido paritario y la igualdad en torno a las posiciones sociales del hombre y la mujer.

Esto constituye una invitación a la formación para la inclusión desde el respeto a los derechos que asisten a cada uno y que le permiten ejercer en libertad el



cumplimiento de funciones y roles sin discriminación alguna. Lograr estos cometidos sugiere el uso de actividades en las que cada sujeto se perciba a sí mismo y al otro sin perjuicios, y sí en cambio, desde la adopción de actitudes intergrupales positivas, en las que prime el sentido de la cooperación, solidaridad y encuentro respetuoso.

Una manera de abordar los efectos del patriarcado que se manifiesta al interior de la institución educativa, como un sistema destructivo y además obsoleto, requiere la supresión de comportamientos autoritarios e impositivos, en los que la preeminencia de las jerarquías se reduzca, entre otras razones por ser la responsable de la sumisión y la aceptación pasiva del maltrato sí como de actos de violencia en sus diversas manifestaciones, a los que por sus implicaciones en la funcionalidad de los vínculos entre pares, Naranjo (2013) demanda «la promoción de una cultura del trato igualitario y equitativo, en el que la mediación del respeto permee los modos de relacionamiento». Pág. 13.

1.1.7_. ABORDAJE DE LA DISCRIMINACIÓN, LA EXCLUSIÓN Y LA INTOLERANCIA

Lograr el tratamiento estratégico de estos factores de riesgo, supone la focalización de esfuerzos en torno a la definición de propósitos de vida comunes, en los que la praxis de la reciprocidad, potencien las posibilidades para la emergencia de la pues para Vázquez (2003) «lealtad, la reciprocidad y la colaboración mutua, subordinando los deseos y aspiraciones personales a las demandas y prioridades del grupo». Pág. 19. Para Olweus (2020), la transmisión de patrones de dominación legitimados por la cultura, requieren especial tratamiento, pues en estos radica la necesidad de someter y controlar, hasta «lograr la sumisión y la reducción de la autoestima de la víctima». Pág. 11.

1.1.8_. LA INCLUSIÓN PARA LA ATENCIÓN A LOS MARGINADOS, DISCRIMINADOS Y VULNERABLES

Emprender procesos en torno a la reducción de la discriminación en el contexto educativo, sugiere minimizar el efecto y la recurrencia de comportamientos extremos que vulneren la integridad psicosocial de los más débiles. Según Geoulén (2010), la reducción de estos factores de riesgo demanda actuaciones en torno a puntos focales tales como «actitudes despreciativas del otro, su exclusión violenta hasta la locura de la aniquilación, su sometimiento radical, el odio extremo y la difamación exagerada, como azotes que atentan contra la supervivencia de la humanidad». Pág. 7.

Lo expuesto constituye una invitación al desarrollo de la conciencia inclusiva que diversifique las posibilidades de integración pacífica y de vinculación positiva que, como resultado de la racionalización privilegie el manejo del respeto como valor mediador de las relaciones al interior de los grupos, en el que el reconocimiento de la individualidad potencie la convivencia democrática. En otras palabras, se trata de recuperar la praxis de principios como la libertad y la igualdad como los responsables del fortalecimiento de la denominada conciencia democrática, en la que se privilegie el respeto al pluralismo, del que a su vez se desprenda la reducción según Goulén (2007) «de formas de resistencias contra la armonización, las nuevas formas de

exclusión y nuevos particularismos». Pág. 169. Para el autor, reducir los efectos de la exclusión requiere la promoción del sentido de apertura y flexibilidad que posibilite el manejo de violentas disputas como resultado de la intolerancia, cuyos efectos involucran nuevas exclusiones.



1.1.9. LA IGUALDAD DE GÉNERO, EL RESPETO A LA DIVERSIDAD Y EL RECONOCIMIENTO A LAS MINORÍAS

Nuestras sociedades enfrentan el desafío inminente de coexistir en condiciones mediadas por la tolerancia y el trato paritario. En consecuencia, el compromiso de las instituciones del Estado y de los factores de socialización, recae en abordar procesos de reeducación social, en el que la mujer asuma el rol que le corresponde en condiciones de igualdad, equidad y justicia social, trabajando en torno a la aceptación social generalizada que le reconozca como sujeto de derecho. Por ende, las líneas de acción en torno a la investigación en la materia deben perfilarse hacia la emancipación de la mujer, la lucha por desarrollar el sentido crítico y la conciencia sobre las prácticas socialmente legitimadas que han condicionado su sumisión, relegando e invisibilizando su participación dentro del contexto social en condiciones igualitarias; esto supone, ampliar la sensibilidad social que reduzca las arremetidas contra su integridad, con el propósito de evitar la victimización.

Operar en dirección a comprender cómo la violencia de género se configura ocasionando daños irreversibles y destructivos, requiere revisar el *modus operandi* del victimario, las condiciones en que se da el masoquismo, y el poder pernicioso que trae consigo el ejercicio de la dominación y la cesión sumisa de la voluntad, a la que se le adjudican estados profundos de inestabilidad psicosocial tales como Hirigoyen(1999) «renuncia al proyecto de vida personal, episodios de confusión e incertidumbre, duda, estrés y miedo que conducen a la víctima a aislarse, quedando a merced del victimario». Pág. 46.

1.1.10. LAS RELACIONES DE PODER

Comprender las imposiciones que se dan de unos sujetos hacia otros, requiere la valoración de las motivaciones por las que cada individuo adopta comportamientos que pretenden el mantenimiento de su estatus; por ende, el ejercicio de mecanismos de control y cómo se configuran, demanda precisar cómo se forjan lazos de dominación, cuyo asidero se encuentra en el infligir temor, miedo y, por consiguiente la reducción de la voluntad del otro. Esto demanda, precisar cómo los relacionamientos comunicacionales entrañan modos de dominación simbólica que determinan la manera de actuar de quienes integran su entorno. En efecto, un ámbito fructífero para la investigación, debe involucrar áreas precisas como Foucault (1991) «los modos de dominación, los medios de sujeción, de desigualdad y la acción de unos sujetos sobre otros; los tipos de relacionamiento, las implicaciones de la tradición, de la cultura». Págs. 18-19.

A esto se agrega, la comprensión de las jerarquías piramidales, la vinculación entre relaciones de poder y la obediencia, las habilidades del sujeto violento y la



propensión a la sumisión como actitud vinculada con la pasividad, así como con el consentimiento que se le da consciente e inconscientemente al sujeto que ostenta el poder, Sanmartín (2012) que conduce «al individuo receptor a la denominada indefensión aprendida o condicionada». Pág. 150, disminuyendo la capacidad de respuesta, de reacción y las posibilidades para enfrentar a su verdugo. Desde la perspectiva de Redorta (2011), comprender los conflictos que se dan al interior de la institución educativa, requiere precisar las «diversas manifestaciones de poder, su estructura, sus fuentes, su transformación, los efectos individuales, grupales y colectivos». Pág. 8.

Se trata entonces, a la luz de lo propuesto en el Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica, de reducir los efectos de la manipulación, su carácter disfuncional, y su incidencia en los vínculos socioeducativos. Frente a lo cual, se considera indispensable trabajar sobre el abordaje de las jerarquías, las imposiciones simbólicas y coercitivas, así como la aplicación de medidas correctivas que reduzcan el control en sus diversas manifestaciones, diversificando de este modo las posibilidades para el actuar autónomo y en libertad de cada integrante de la comunidad educativa.

2.2._LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA DE PREVENCIÓN

2.2.1._LA PROMOCIÓN DE LA CULTURA DE PAZ

El logro de condiciones armónicas y de estabilidad como requerimientos para la consolidación de ambientes idóneos, exige el manejo de los conflictos que se dan, en principio, al interior de la familia, como punto de partida para la actuación de la escuela en el reforzamiento de otros valores importantes en la construcción de la denominada cultura de paz. Esto implica, el trabajo sostenido, sistemático y a lo largo del ciclo vital, en el que se aporten mecanismos alternativos de abordaje y gestión pacífica de situaciones conflictivas, de las que depende el desarrollo coherente del individuo y de la sociedad.

Educar para la paz, como una línea de investigación y como proceso al que aspiran las sociedades en tiempos belicosos como los que atraviesa el mundo, debe entenderse como un campo fructífero que invita a la praxis de valores, al fortalecimiento de los sistemas democráticos y a la promoción de la defensa de los derechos fundamentales, en el que las condiciones de vida estén mediadas por la igualdad, la justicia social y el bien común, principios ampliamente reconocidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; esto llevado al contexto escolar, refiere a que la tarea de la institución educativa debe girar en torno a la consolidación del estado de bienestar y de armonía, en el que el repudio de la violencia se asuma como la forma para lograr la paz positiva y duradera.

Por consiguiente, el accionar de la institución educativa involucra el compromiso de construir espacios para la práctica de la paz, en el que los ciudadanos experimenten el respeto por la vida, por sus creencias, por la libertad propia y la del otro, así como por la convivencia en condiciones justas, cuyo fundamento se enmarque en el

aprendizaje colectivo, como el proceso del que depende el ajuste, corrección y ruptura con los círculos de maltrato, vejaciones y arbitrariedades que atentan contra la dignidad humana. Para Maalouf (1999), promover la educación intercultural posibilita el fortalecimiento por lo distinto, por la diversidad y, es «justamente allí donde reside la riqueza de cada uno, su valor personal, lo que hace que todo ser humano se singular y potencialmente insustituible». Pág. 8.



2.2.2. EL MANEJO DEL DIÁLOGO, LA COMUNICACIÓN Y LOS MECANISMOS PACÍFICOS PARA LA GESTIÓN DE CONFLICTOS

Promover mecanismos asociados con la no-violencia constituye un modo estratégico a partir del cual reducir los conflictos que se dan al interior de la institución educativa; de allí, que las aspiraciones del Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica se enfoquen en la praxis de medios alternativos de gestión de problemas mediante el ejercicio de la paz, la solidaridad y el encuentro empático, valores a los que las convenciones internacionales consideran imprescindibles para afianzar el reconocimiento recíproco que, mediado por la interacción y el intercambio de posiciones en momentos de conflictividad, ayuden en el establecimiento de condiciones de respeto mutuo.

En tal sentido, la investigación en este aspecto debe ir direccionada hacia el fortalecimiento del tejido social, la vida ciudadana, la búsqueda de puntos de encuentro y de elementos comunes, en el que cada sujeto asuma la responsabilidad compartida de llegar a acuerdos mediados por el diálogo y el uso de las normas básicas de la comunicación, en un intento por lograr el consenso; a esto se agrega, el diseño de estrategias asociadas con el actuar cívico, le formulación de técnicas contextualizadas de mediación y de procesos positivos de relacionamiento, así como de la praxis del bien común que fortalezca la reducción del individualismo y, en su lugar, amplíe las posibilidades para adquirir el compromiso de definir intereses compartidos que le otorguen orden y equilibrio a la vida social.

Algunas líneas en las cuales perfilar procesos de investigación que garanticen la reducción del clima hostil y violento, pudieran ser según Centro de Documentación del Indesol(s/f) «enseñar y aprender la tolerancia desde la práctica, adquirir competencias y habilidades sociales asociadas con la comunicación y el entendimiento, escuchar, entender y comprender, respetar las opiniones, establecer normas». Pág. 37.

2.2.3. EL DESENVOLVIMIENTO POSITIVO DE LA PERSONALIDAD

Emprender acciones en pro de consolidar la disposición adaptativa para convivir en sociedad, demanda estrategias educativas enfocadas en el manejo de la tensión interior, de la comprensión empática y de la flexibilidad para adecuarse a las los patrones de relacionamiento que demanda cada contexto. Esto supone, la formación para el ejercicio pleno de la autonomía y la responsabilidad para actuar de modo coherente; proceso que exige la participación funcional de los estilos de crianza en los que logre aprender las reglas sociales que garanticen el desarrollo de capacidades asociadas con la interacción positiva con sus pares en condiciones simétricas,



requerimiento que por sus implicaciones requiere ser reforzado con el propósito de garantizar el sentido de apertura y la tolerancia para convivir a lo largo de la vida.

Al respecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 20, establece lo siguiente «Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social». (s/p). En otras palabras, el desarrollo de la personalidad como derecho humano se entiende como un requerimiento asociado con el bienestar multidimensional, ideal reconocido en los tratados y convenciones internacionales en los que se le confiere el estatus de fundamento de la progresividad humana, la cual entraña la disposición para proceder en atención a los valores que rigen la convivencia positiva así como de los principios vinculados con el ejercicio de la ciudadanía global.

Un acercamiento a los planteamientos de Sandoval (2009), deja ver que el desarrollo de la personalidad se encuentra vinculado con la promoción de habilidades sociales y competencias socioemocionales complejas, entre las que se precisa «comportamientos de relación, ayuda y cooperación, capacidad para manejar procesos interactivos positivos y saludables, así como el establecimiento de límites funcionales que resguarden su integridad psicosocial». Pág. 45. Esto implica minimizar la competición y, en su lugar conducir al individuo hacia la consolidación de actitudes mediadas por la interdependencia, el altruismo y la empatía, como factores de protección que minimicen las posibilidades de emergencia de signos de destructividad como lo son: la hostilidad, la inadecuación y la deficitaria interacción social tanto simétrica como auténtica.

2.2.4. LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Involucrar la enseñanza de los derechos que asisten a cada ciudadano, además de fortalecer el establecimiento de límites de comportamiento social, aporta al reconocimiento del otro, a su respeto y a la actuación con apego a las garantías establecidas en las leyes nacionales e internacionales. En consecuencia, formar en derechos humanos sugiere la facilitación tanto de valores como de principios universales, entre los que se precisan: proceder en correspondencia a la libertad positiva y la autonomía, el goce de condiciones favorables relacionadas con la igualdad ante la ley, el tratamiento paritario e inclusivo, el reconocimiento a la diversidad social y cultural, así como a los modos de pensamiento, creencias y actitudes de las minorías.

Implícitamente, esto refiere a la erradicación de los factores de riesgo asociados con la desintegración social, las ideologías exclusivistas, el etnocentrismo y la discriminación, el abordaje de la violencia, el maltrato y la victimización, como resultado de la exposición tradicional a los efectos de la dominación sistemática, del patriarcado y del poder derivado de las masculinidades destructivas que procuran la transmisión de la denominada indefensión aprendida o condicionada. En tal sentido, se considera imprescindible generar procesos de indagación enfocados en el afrontamiento de la compleja tarea de reeducar a la sociedad en lo referente al respeto a la vida, la adhesión desde la praxis al reconocimiento justo, tolerante y equitativo,

que potencie la coexistencia del pluralismo así como la participación democrática en el contexto social del que se es parte.

Desde la perspectiva de Sarramona (2007), la educación en derechos humanos debe fortalecer el resguardo recíproco de la diversidad ideológica y la construcción de sociedades pluralistas, en las que se establezca como premisa el convivir mediante el manejo de criterios compartidos y de procesos de encuentro, que dejen a un lado las diferencias, privilegiando el compromiso individual con los ideales colectivos, entre los que se precisan la «democracia, libertad, honradez, colaboración, solidaridad, responsabilidad y aceptación de la norma emanada de la autoridad legal». Pág. 91.



2.2.5_ EL DISFRUTE DE UNA VIDA PLENA, ARMÓNICA Y SALUDABLE

Según propone Puglisi (2012), algunas líneas de investigación que deben abordarse para maximizar las posibilidades de convivencia, son «organización del trabajo docente en función de inculcar el cuido y respeto recíproco, estimular la colaboración, integración y la actuación cooperativa desde la reflexión y el intercambio». Pág. 5.

Desde la perspectiva de Barra (2003), la vida plena se encuentra asociada con el fortalecimiento de vínculos positivos con terceros, de los que se desprendan procesos de «relacionamiento en los que prime el cultivo emociones sanas que aporten al crecimiento multidimensional». Pág. 22. Esto supone, enseñar y aprender sobre el manejo de situaciones asociadas con el estrés, la ansiedad, la frustración y la depresión, como factores de riesgo que atentan contra la salud física y mental. De allí, la necesidad de potenciar las competencias de afrontamiento que reduzcan los efectos amenazantes de los factores estresores y de las relaciones tóxicas que pudieran conducir estados psicológicos críticos.

2.2.6_ EL DESARROLLO HUMANO INTEGRAL

Promover la consolidación de la multidimensionalidad del individuo ha significado para la educación además de su propósito tangencial, Rogers(2015) una de las maneras para «potenciar su proceder coherente frente a las exigencias sociales del contexto en el que hace vida». Pág. 16. Por consiguiente, la construcción de una sociedad mejor y funcionalmente estable requiere la atención a los requerimientos particulares de cada ciudadano, lo cual, para la institución educativa supone precisar necesidades, debilidades y falencias como punto de partida para impulsar la evolución social y la resolución de las exigencias de cambio hasta Naranjo (2013) «conseguir una sociedad viable, en la que prime la felicidad, la realización plena, el fortalecimiento de las virtudes y la perfectibilidad de la condición humana». Pág. 4.

Por consiguiente, el desarrollo humano como parte de los cometidos del Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica, procura elevar la dignificación de la vida en comunidad con especial apego a los principios de la justicia social. Para la psicología humanista esto es posible mediante la creación de condiciones en las que primen procesos de relacionamiento interpersonales positivos que, apuesten según Lafarga (2016) por «la convivencia armónica, la congruencia y la actitud positiva



incondicional». Pág. 3. Algunas dimensiones asociadas con el desarrollo humano que requieren especial atención son: el crecimiento personal y social armónico e integrado, el desarrollo del sentido de la responsabilidad y la autonomía, la promoción de la flexibilidad de adaptación a los cambios, la disposición resiliente para aprender de las situaciones adversas y el desenvolvimiento del equilibrio psico-socio-emocional que impulse el manejo de situaciones conflictivas.

2.2.7_. ACCIONES PEDAGÓGICAS PARA LA PREVENCIÓN DEL ACOSO ESCOLAR

La vida en sociedad se encuentra determinada por el aprendizaje de patrones de conducta, estilos positivos de convivencia y modos de relacionamiento fundados en la reciprocidad; proceder en este sentido, requiere de esfuerzos preventivos, en los que la participación de la institución educativa integre sus estrategias de enseñanza y aprendizaje, el uso de recursos pedagógicos y materiales didácticos que promuevan la cooperación como el antídoto para reducir la competitividad insana, a la que se le adjudica la reducción del éxito personal; en razón de consolidar procesos preventivos que aseguren la convivencia en la escuela, se considera imprescindible diseñar acciones fundadas en el espíritu grupal, la interdependencia, las relaciones de igualdad, el autoconocimiento y el conocimiento del otro, como aspectos de los que depende la comprensión empática que conduce al entendimiento de los intereses del otro y sus necesidades personales.

2.2.8_. LA EDUCACIÓN EN VALORES

La misión de la escuela como promotora de valores universales, en la actualidad toma especial preponderancia, por entrañar principios rectores de la vida en comunidad. Este cometido procura la construcción de un mundo civilizado, capaz de adoptar el comportamiento ético y la disciplina razonable que conduzca al entendimiento entre grupos sociales. Para Camps (2000), la educación en valores debe enfocarse en la búsqueda de condiciones que impulsen la dignificación la humanidad, como punto de partida para cimentar las bases de un mundo más solidario, regido por principios como «la libertad, la igualdad, la paz, la equidad». Pág. 1.

Esto sugiere ajustar los programas curriculares en función de promover una enseñanza que apueste por la erradicación de la persecución, la desigualdad, la violencia y el rechazo al otro. Al respecto Cortina (2009), aporta una serie de sugerencias que instan a la educación en valores cívicos, precisando enfáticamente en la «solidaridad, el respeto activo y el diálogo, como valores nucleares indispensables para el cumplimiento de los propósitos de la ciudadanía». Pág. 193. Lograr estos cometidos demanda la discusión y el tratamiento crítico de las situaciones conflictivas propias y globales, que atentan contra la integridad del ser humano, amenazando con su destrucción y la alternación de las condiciones necesarias para alcanzar el equilibrio funcional.

Por ende, se considera perentorio, el desarrollo del pensamiento crítico que coadyuve con la flexibilización de actitudes y la comprensión de otras maneras de ver el mundo, que requieren ser valoradas y estimadas desde el reconocimiento, en

un intento por determinar su importancia y, desde el sentido de apertura lograr el respeto recíproco que erradique la violencia contra el otro; este proceder invita a la construcción de patrones de comportamiento compartidos, sustentados en lo trascendental y lo valioso, en los valores que sustentan la vida colectiva y en sociedad y, que además, encarnan la inclusión desde el sentido empático.

Según Camps (2000), educar en valores supone eliminar los prejuicios, suprimiendo los dogmatismos y los fundamentalismos sobre los que se sustenta la intolerancia; de allí, que el compromiso sea enseñar a vivir éticamente y desde la corresponsabilidad de «atender al otro, especialmente a los desposeídos, a los marginados». Pág. 82. Desde la perspectiva de Bisquerra *et al* (2011), la enseñanza de principios éticos y morales constituyen una estrategia para orientar «la convivencia sana y el bienestar integral al definir límites en los modos de proceder que garanticen el respeto a la autonomía del Otro». Pág. 34.



2.2.9_. LA EDUCACIÓN EMOCIONAL

Alcanzar el desarrollo de procesos de relacionamiento positivo demanda el despliegue de competencias sociales y emocionales que apuntalen el bienestar subjetivo, el equilibrio interior y la disposición para manejar las situaciones emergentes. En tal sentido, la educación emocional como estrategia para prevenir la violencia y, en su defecto motivar la gestión pacífica de conflictos debe involucrar estrategias que ayuden Bisquerra *et al* (2011) «en el afrontamiento del miedo, del estrés, la depresión, la agresión y la venganza». Pág. 12. Por ende, lograr el funcionamiento equilibrado y coherente del sujeto en el contexto escolar, demanda el acompañamiento permanente que le predisponga para proceder de manera oportuna en otros contextos a lo largo de su ciclo vital.

Esto implica, fortalecer la conciencia emocional y el autoconocimiento, que coadyuve tanto a valorar como reconocer los efectos y las consecuencias de las emociones negativas; pero también, ejercer la regulación emocional que según Bisquerra (2006) permita el manejo de «la tolerancia a la frustración, gestión de la ira, el despliegue de habilidades de afrontamiento a situaciones de riesgo, el diálogo interno, la asertividad, la reestructuración cognitiva, la autorregulación y la regulación causal». Pág. 19. Aunado a lo expuesto, la educación emocional debe procurar el desarrollo de competencias socio-personales que favorezcan la interacción entre grupos, a decir Bisquerra y Nuria (2007) «la autoconfianza, autocontrol, paciencia, autocrítica, autonomía, control del estrés, asertividad, responsabilidad, empatía, capacidad de prevención y solución de conflictos, espíritu de equipo y altruismo». Pág. 4.

2.2.10_. LA EDUCACIÓN INTERCULTURAL

Enfrentar los desafíos de una globalización que intensifica la superposición de unos valores culturales sobre otros, demanda esfuerzos que invitan al ejercicio del trabajo multicultural e intercultural como parte de la labor de las comunidades académicas, que debe girar en torno a la reducción del racismo, la discriminación y



la xenofobia, como factores destructivos de la convivencia social. Esto significa, la creación de mecanismos educativos en los que se potencie tanto el respeto a los derechos de las minorías a ejercer en libertad sus prácticas socioculturales, como a gozar en igualdad de condiciones de las mismas garantías de la cultura dominante. Para Sarramona (2007), la educación inter y multicultural como áreas de investigación, requiere de esfuerzos direccionados hacia la creación de garantías que «respeten las diversas culturas y su derecho a expresar sus prácticas en territorios culturalmente diversos, en los cuales deben gozar de respeto y reconocimiento». Pág. 65.

Al respecto, Delors (1996) invita al trabajo en función de dimensiones específicas vinculadas con la diversidad cultural, que instan a la institución educativa a construir un proyecto común fundado en el cumplimiento de objetivos asociados con «aprender a vivir juntos, proceso complejo que demanda motivar el conocimiento del Otro, de su forma de ver el mundo y del reconocimiento de sus particularidades identitaria». Pág. 39; pero además, asumir desde el sentido crítico y el análisis valorativo, la definición de los puntos de encuentro y coincidencia para lograr el verdadero entendimiento y la aceptación. Esto demanda, acciones sustentadas en la democracia social, en los que se asuma la responsabilidad según Sarramona (2007) de «velar para que se mantenga acuerdos que entrañen los principios de la no discriminación, de igualdad de oportunidades y, al mismo tiempo, el respeto a la diversidad que llevará a la aceptación de las diferencias». Pág. 66.

Frente a este desafío, la actuación de la institución educativa debe aportar estrategias asociadas con la reconstrucción de la cultura, la resignificación de sus fundamentos y, por consiguiente, la generación de nuevas reglas que permitan la convivencia. Esto invita al trabajo individualizado, que trascienda a otros niveles vinculados con la convivencia familiar, la orientación comunitaria y el asesoramiento social, como prácticas de las que depende la formación de ciudadanos con la tranquilidad interior, equilibrados y con una visión tanto amplia como flexible frente las demás culturas.

2.2.11. USO Y MANEJO DE LAS REDES SOCIALES, MEDIOS ELECTRÓNICOS Y RECURSOS DIGITALES

Accionar en este sentido requiere el diseño de estrategias educativas que promuevan el desarrollo de la conciencia sobre los potenciales riesgos implicados en el manejo laxo de los medios de difusión masiva (Sartori, 2007; Tedesco, 2014), en los cuales además de proteger la identidad personal y la integridad psicosocial, se debe reducir los efectos del denominado ciberacoso como resultado de la divulgación de imágenes y datos que amplíen las posibilidades de persecución y acoso, que sometan al escarabajo público a estudiante.

De allí, que los esfuerzos educativos deban enfocarse en sensibilizar sobre la consecuencias de difundir fotografías obscenas o vergonzosas, videos que promuevan la intolerancia, mensajes que insten al odio y a la discriminación, así como comentarios que pongan en riesgo emocional, mental y físico a cualquier sujeto. Esto supone, ofrecer asesoramiento en materia de ciber-seguridad, con el propósito de impulsar la gestión de riesgos vinculados con: la angustia emocional, la sensación preocupación,

la influencia destructiva perpetrada por acosadores, el manejo de la manipulación como medio para acorralar a la víctima y conducirla a cometer actos que amplíen su vulnerabilidad.

Al respecto, el Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica pauta en su exposición de motivos que parte de su intencionalidad tiene que ver con «proteger de las nuevas formas de violencia escolar como los medios electrónicos, medios digitales y redes sociales y cualquier otra que se puedan presentar entre los miembros que conforman la comunidad educativa». Pág. 32. Específicamente esto refiere al resguardo de la integridad psicosocial de los integrantes de la institución escolar, a quienes se procura proteger de situaciones estresantes, tensiones, estados agudos de ansiedad y depresión, así como de su exposición a riesgos letales como el suicidio o el homicidio como resultado de la pérdida de la seguridad que deben brindar las autoridades educativas y el Estado.

Por su parte, se aprecia en los artículos 1, 3 y 4 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), pautan los derechos, garantías y lo referente a la responsabilidad del Estado en lo referente a la protección a los sujetos de esta norma, apreciándose el sentido de corresponsabilidad que tiene la familia y la sociedad en lo referente al resguardo de la integridad personal, así como el disfrute tanto pleno como oportuno de la vida en comunidad.

2.2.12. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y SU RESPONSABILIDAD EN LA EDUCACIÓN DE LA SOCIEDAD

El manejo de los medios de comunicación como recursos al servicio de la convivencia, sugiere la adopción de nuevos desafíos vinculados con el desmontaje de factores que socio-históricamente han reforzado los prejuicios redimensionando el odio, el rechazo, así como Wierviorka (2009) «la producción y reproducción de comportamientos que atentan contra el funcionamiento coherente de la sociedad». Pág. 180. En tal sentido, no se trata solo de denunciar los actos de acoso que se dan en el contexto socioeducativo, sino promover modos de relacionamiento, conductas y actitudes que reeduchen individualizada y colectivamente hasta lograr la superación de los discursos destructivos, cambios en el lenguaje y la sustitución de la descalificación por el trato respetuoso.

Esto plantea la generación de acciones asociadas con la promoción del multiculturalismo y la educación intercultural, como estrategias que amplíen el sentido crítico mediante la discusión de las controversias y los aspectos que han determinado la persecución entre unos y otros incrementando los niveles de exclusión social; frente a lo cual, el proceder de los medios de comunicación deberá ser el establecimiento de puntos de encuentro y reconciliación entre las diversas culturas, motivando el respeto y la praxis de valores universales que estrechen lazos positivos de relacionamiento capaces de superar la estigmatización ideológica patrocinada y la radicalización de pensamiento que ha conducido al distanciamiento de la humanidad.

Al respecto Wierviorka (2009), indica que el rol de los medios masivos de comunicación dentro de su proceder estratégico, deben involucrar el ejercicio de la





ciudadanía fundada en el respeto recíproco, pues su condición de espacio público mediado por la objetividad le otorga la autoridad para «reclamar la igualdad o el respeto de los derechos humanos, lo cual implica trascender de las filiaciones específicas, es decir, apelar a los valores universales». Pág. 180. A modo de complemento Olweus (2020), plantea que el uso de los medios de comunicación como instrumentos educativos, además de generar cambios positivos de amplio alcance también propicia el desarrollo de comportamientos razonables y racionales, que aportan a la flexibilización del pensamiento para «aceptar la divergencia y enfrentar con asertividad los conflictos, activar mecanismos de auxilio y de atención inmediata contra cualquier riesgo». Pág. 67.

2.2.13. ROL DE LA COMUNIDAD EDUCATIVA EN LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA ESCOLAR

Para Olweus (2020), la integración de esfuerzos en torno a la reducción de los efectos destructivos del acoso, requiere de acciones concretas que desarticulen los comportamientos violentos, entre las que se precisan «la promoción de la cordialidad, el establecimiento de límites firmes y la convivencia en condiciones de respeto fundada en modelos positivos». Pág. 11. Pero además, el foco debe fijarse en la reducción de las desviaciones del desencuentro, la indiferencia y el distanciamiento, como rasgos de maltrato psicosocial frente a los cuales, la tarea de la institución educativa en su quehacer científico debe ser, fomentar encuentros humanizadores que redimensionen la sensibilidad, eleven los niveles de conciencia y, por ende, la transformación de prácticas destructivas que atenten contra el bienestar integral.

Desde la perspectiva de Corkille (2010), emprender acciones de prevención frente a la conflictividad emergente y recurrente que amenaza con alterar el clima socioeducativo, debe enfocarse en la creación de encuentros frecuentes entre agrupaciones, en un intento por lograr «el conocimiento mutuo que reduzca los prejuicios, las falsas impresiones y las percepciones hostiles y amenazantes» Pág. 45; seguidamente, utilizar el reforzamiento de los encuentros grupales con la finalidad de aliviar las tensiones y motivar procesos empáticos en los que se estrechen los vínculos interpersonales; esto debe conducir a la concertación voluntaria de encuentros, en los que cada sujeto asuma desde una postura crítica el compromiso de la autovaloración, que inste a la determinación de las conductas inaceptables por su potencial destructivo; a lo que se agrega, la determinación de los obstáculos que han imposibilitado el relacionamiento pacífico efectivo, con la finalidad de precisar el compromiso de cada sujeto en la construcción de la seguridad psicológica que conduzca al equilibrio funcional de la institución educativa.

2.3. CAPACITACIÓN, FORMACIÓN Y ACTUALIZACIÓN PERMANENTE

2.3.1. FORMULACIÓN DE MECANISMOS LEGALES Y PROCESOS DE ASESORAMIENTO EFECTIVOS QUE PROTEJAN, AYUDEN Y ACOMPAÑEN A LA VÍCTIMA

Atender con inmediatez a las víctimas de acoso escolar, requiere el trabajo coordinado y multidisciplinario que ayude al sujeto en la superación psicosocial y en

la recuperación del estado de equilibrio que le permita funcionar individual y socialmente. Estos mecanismos deben, además, procurar el tratamiento de factores de riesgo como la culpa, la victimización y la revictimización, como parte de los cometidos del Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica.

Al respecto Hirigoyen (1999), propone que la atención psicológica constituye el modo de precisar aspectos importantes, tales como»la identificación de los daños psicológicos y emocionales ocasionados, las consecuencias de estar inmerso en el círculo de la violencia, los efectos de la disfuncionalidad personal, familiar y social». Pág. 46. Esto supone, el tratamiento de las implicaciones de la manipulación perversa, el manejo consciente de las emociones y sentimientos, la determinación de la propia vulnerabilidad, el manejo de mecanismos para la superación del sufrimiento, el miedo y la culpa, la resolución de los traumas y la identificación de las relaciones destructivas.

Con respecto a los procesos de atención inmediata, se considera imprescindible el manejo de terapias cognitivo-conductistas, que le posibiliten a la víctima modificar conductas y comportamientos nocivos, procesos patológicos y emociones destructivas; frente a las cuales, promover técnicas de relajación, que potencien las posibilidades de afrontamiento, de reducir la tensión psíquica y la ansiedad. Del mismo modo, trabajar el autoconcepto, la autoestima y la autoafirmación; la capacidad para bloquear o enfrentar pensamientos catastróficos mediante la reestructuración cognitiva que redimensione el sentido de la valía personal.

2.3.2._EL TRABAJO COOPERATIVO Y MULTIDISCIPLINARIO

La unificación de esfuerzos disciplinares en torno a la erradicación del maltrato en sus diversas manifestaciones, debe entenderse como uno de los factores que determinan la obtención de resultados positivos. Esto significa que el trabajo anti-acoso demanda la aportación de estrategias, herramientas metodológicas, procesos de indagación, intervención y prevención, así como elementos teórico-prácticos que no solo permitan el tratamiento de la supra-complejidad del ser humano y de las relaciones que se dan al interior de la institución educativa, sino la valoración desde diversas perspectivas científicas que apoyen el proceso de comprender la naturaleza de las controversias socioeducativas, el manejo de la conflictividad y las diversas manifestaciones de violencia que atentan contra el clima escolar.

Desde la perspectiva de Olweus (2020), el abordaje enfocado en el trabajo multidisciplinario aporta el conocimiento preciso, específico y suficiente sobre el funcionamiento de los focos de violencia, frente a los cuales desplegar «habilidades prácticas, emplear medidas de intervención y esfuerzos derivados de las competencias propias de cada profesional». Pág. 20.

3.3.3._LA FORMACIÓN PARA EL MANEJO DE LA CONFLICTIVIDAD

Atenuar los efectos de la confrontación producto de la lucha de identidades, los juegos de poder y los modos particulares de ver el mundo, exige de las comunidades académicas la creación de espacios para el encuentro, en los que el sujeto desarrolle la convicción sobre el uso de la mediación y el diálogo en lugar del manejo de la





fuerza. Esto implica, motivar en los estudiantes el respeto por la vida y la diversidad de pensamiento, como aspectos que demandan esfuerzos metodológicos en torno a la valoración de los conflictos desde una postura madura, flexible y reflexiva que conduzca a la gestión de las diferencias de manera pacífica.

Según Redorta (2011), «el manejo de los conflictos y el entendimiento de su dinamismo, requiere en principio, la tipificación de conductas y comportamientos, como medio para realizar predicciones, estimar los rasgos de afrenta, los efectos psicosociales y emocionales de las amenazas, la coerción y la agresividad». Pág. 31. Desde esta perspectiva, la tarea de la institución educativa, debe ser la precisión de estrategias de intervención que aborden las crisis generadas por la conflictividad, lo cual demanda, entre otros requerimientos la formación de mediadores, negociadores y consultores que apoyen en la tarea de gestionar los conflictos.

En razón de lo planteado, el compromiso con el tratamiento de la conflictividad como espacio fértil para la investigación, precisa ir en dirección de comprender su influencia social, las bases sobre las que se sustenta y los mecanismos que hacen posible su emergencia y permanencia; aspectos que invitan a la categorización y tipificación de los conflictos, como una oportunidad para generar estrategias, técnicas y procesos de intervención.

2.3.4. CAPACITACIÓN PERMANENTE EN MATERIA DE CULTURA DE PAZ Y EJERCICIO PLENO DE LA CIUDADANÍA

La integración e interacción social, requieren la formación de un ciudadano con el sentido de apertura, negociador y conciliador, capaz de transformar los conflictos en oportunidades para crear las condiciones de encuentro y cooperación. Lograr la paz como base de la convivencia social efectiva y funcional, sugiere el encuentro entre las partes, como el proceso necesario para consolidar el bienestar emocional, psicológico y social, que favorezca la actuación del individuo en condiciones de autonomía, responsabilidad y respeto recíproco; esto sugiere, emprender acciones vinculadas con la promoción de principios rectores de la convivencia pacífica, tales como: la justicia, el bien común, la solidaridad, la comprensión empática, la libertad y la igualdad.

Lo planteado responde a cometidos asociados con el objetivo del Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica, cuyo enfoque gira en torno a la articulación, organización y planificación de acciones institucionales que erradiquen los efectos del acoso, asumiendo para ello la promoción y enseñanza de los derechos humanos, en «virtud de mejorar la convivencia pacífica en el ámbito escolar, la lucha contra la violencia, la discriminación y por consiguiente la creación de una sociedad más justa e inclusiva». Pág. 4.

En consecuencia, crear espacios para el desarrollo de la cultura de paz, constituye una invitación al involucramiento de la educación cívica como parte de los planes curriculares, en los que el estudiante aprenda a convivir con el otro y su diversidad sociocultural, interiorizando «desde el compromiso actitudes vinculadas con el respeto, la solidaridad y a tolerancia (Aarón et al, 2017, Pág. 25).



2.3.5_.POLÍTICAS PÚBLICAS, PROGRAMAS Y PLANES DE INTERVENCIÓN PREVENTIVA

Emprender acciones de intervención y prevención en materia de abordaje del acoso escolar, demanda la praxis de principios rectores, entre los que se mencionan: la fijación de propósitos y metas reales, alcanzables y precisas, los posibles efectos que producirán las estrategias aplicadas en determinado tiempo, los actores que participarán, así como los recursos financieros y materiales que se requerirán para la ejecución de cada acción. A partir de la organización de estos requerimientos, se considera imprescindible crear tanto el compromiso como el sentido de corresponsabilidad en torno a la construcción tanto de ambientes seguros como idóneos para el aprendizaje positivo (Morales, 2022; Olweus, 2020).

Según el artículo 16 del Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica, las acciones en torno a la intervención de la condición conflictiva que permea a la institución educativa como atribución del Consejo de Convivencia Pacífica Escolar, supone el compromiso con la creación de espacios pacíficos en los que prime el respeto por la dignidad humana. Parte de las propuestas asociadas con el tratamiento del acoso escolar giran en torno a la formulación de planes de atención integral a los que se debe asumir como instrumentos didácticos y educativos, que deberán enfocar sus esfuerzos en el diagnóstico, la generación de protocolos, la formulación de mecanismos de seguimiento y las recomendaciones que potencien el rol tanto protector como socializador de la institución educativa.

Para Olweus (2020), los programas de intervención, prevención y abordaje tanto individual como grupal, constituyen estrategias para reducir los efectos multidimensionales del acoso en sus diversas manifestaciones, pues abordan acciones potencialmente destructivas, focalizando sobre los efectos contraproducentes que pudieran maximizar los daños sobre los más vulnerables. En tal sentido, es perentorio profundizar en el establecimiento de fundamentos sólidos que eviten la deformación de la sociedad, estado negativo frente al cual el quehacer institucional deberá reducir la coacción, la desigualdad y proceder en torno al pluralismo que entraña la praxis según Cortina (2000) de «los mínimos de justicia, entre los que se precisa: la libertad, la igualdad, el diálogo y el respeto». Pág. 83.

Desde la perspectiva de López (2008), la formulación de procesos de intervención preventiva constituye una alternativa estratégica de la que depende «el abordaje, tratamiento y erradicación del maltrato entre pares así como la aparición de nuevos casos de conducta destructiva, condición de la que dependerá que niños y jóvenes considerados como grupos de riesgo continúen su evolución hacia comportamientos propiamente pre-delictivos». Pág. 165.

2.3.6_.CONFORMACIÓN DE EQUIPO DE INVESTIGACIÓN, ACTUALIZACIÓN Y SOCIALIZACIÓN DE EXPERIENCIAS

Emprender acciones de investigación como exigencia del Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica, requiere la formación de la comunidad educativa en lo relacionado al manejo del instrumental metodológico y técnico, de las herramientas de recogida y sistematización de información, a partir de los cuales



emprender acciones concretas que volcadas en programas de intervención preventiva permitan la disuasión efectiva de los círculos/focos de violencia. Algunas estrategias importantes que deben utilizarse para lograr tales propósitos son: el establecimiento de sesiones/encuentros permanentes y periódicos, la organización de grupos de discusión y la planificación de acciones de difusión, que coadyuven con socialización de hallazgos.

Para Olweus (2020), los principales objetivos de estos grupos de investigación giran en torno a proporcionar un «conocimiento más detallado y comprensivo del diagnóstico, las acciones emprendidas y sus componentes fundamentales, las estrategias, las ideas y soluciones prácticas a diferentes situaciones, así como las experiencias positivas y negativas, los puntos de vista y la coordinación de esfuerzos». Pág. 19.

Según propone Sarrañana (2007), generar procesos creadores de paz requiere «no solo recurrir a los sentimientos, mostrando la barbarie de las guerras, sino también a la información, analizando las ideas y los intereses que mueven hacia la violencia, pero especialmente, se deberá entrar en el terreno de la acción». Pág.72. Esto con la finalidad de reducir los efectos de las ideologías e identidades violentas que se resisten a comprender la necesidad de practicar la paz como la alternativa para garantizar la convivencia cívica en la que se estrechen lazos de reconciliación y encuentro.

2.3.7._CONSTRUCCIÓN DE MANUALES INTERNOS DE CONVIVENCIA

Según se aprecia en los artículos 16, 20 y 22 del Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica, la una de las atribuciones de los Consejos de Convivencia Pacífica refiere a la responsabilidad de crear manuales, protocolos y políticas que potencien las relaciones fundadas en el respeto y la tolerancia. Como parte de los cometidos se precisa, la definición de líneas de acción, estrategias de abordaje preventivo y de mecanismos que coadyuven con el establecimiento de acuerdos grupales que fortalezcan el bien común y la gestión de los conflictos mediante la práctica de valores como la justicia, el diálogo y la confianza necesaria para afrontar las divergencias hasta convertirlas en cooperación.

En tal sentido, la formulación de manuales de convivencia, constituye un avance significativo por considerarse Puglisi (2012) «una herramienta pedagógica-disciplinaria, construida por la comunidad educativa y el personal docente, pensada y puesta en práctica con la finalidad de establecer y regularizar las relaciones de convivencia dentro y fuera de la institución educativa». Pág.10. Consolidar estos cometidos, plantea como desafío emprender acciones de indagación que den cuenta de las particularidades del contexto para el cual se diseñarán acciones de intervención y prevención que procuren atender de manera integral los requerimientos tanto educativos, como sociales y culturales.

Esto demanda como parte de las atribuciones del Consejo de Convivencia Escolar, adoptar principios rectores que transversalicen los cometidos de los manuales internos de convivencia, los cuales deben mostrar el apego al trato justo, equitativo, respetuoso, en el que se ponga en práctica según Puglisi (2012) la «participación, subordinación,

igualdad y no discriminación, formativo y no punitivo, concibe al niño, niña y adolescente como sujetos de derecho, ejercicio progresivo, interés superior del niño y; prioridad absoluta». Págs. 10-11.

2.3.8._ESTRATEGIAS Y MEDIDAS DISCIPLINARIAS

Según se aprecia en el art.21 del Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica, algunas acciones de intervención y prevención en materia de abordaje del acoso escolar deben enfocarse en al menos tres dimensiones claramente especificadas, a decir: las estrategias vinculadas con el buen trato, que insta al sujeto a convivir respetuosamente, a lo que se adiciona el uso del relacionamiento positivo fundado en la disciplina no castigadora ni punitiva, también denominada no-violenta. Las estrategias preventivas tienen como enfoque reducir la emergencia de conflictos, de situaciones potencialmente destructivas y denigrantes de la dignidad humana y, finalmente, las estrategias disciplinarias, estas son vistas como acciones de acompañamiento individualizado y colectivo que procuran profundizar en las motivaciones subyacentes causales del maltrato entre pares.

Al respecto Puglisi (2012), establece haciendo referencia a lo pautado en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007), que las medidas disciplinares que acarrearán quienes incurran en hechos punibles, van desde «el uso de amonestaciones, imposición de reglas de conducta, servicios a la comunidad, libertad asistida, semilibertad y privación de libertad». Pág. 10.

2.3.9._EL ROL DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO VENEZOLANO EN MATERIA DE INTERVENCIÓN, PREVENCIÓN Y ATENCIÓN INMEDIATA.

Una revisión de lo propuesto en el Título III de los Derechos Humanos, Garantías y de los Deberes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 19 define la responsabilidad del Estado en lo referente a la protección de la integridad del ciudadano, dejando por sentado su compromiso en la materia de la siguiente manera:

El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

En consecuencia, la responsabilidad del Estado venezolano involucra el accionar en torno al abordaje de situaciones que vulneren la integridad humana, garantizando de este modo la práctica de la paz positiva, como el estado de plenitud en el que prima el entendimiento, la inclusión efectiva y la tolerancia entre agrupaciones socioculturales diversas, a quienes se debe reconocer desde sus particularidades aportando los medios necesarios para lograr el encuentro consciente que garantice el convivir en paz, como el ideal del que depende la supervivencia humana.



Seguidamente, el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

Estos principios rectores de la vida digna en sociedad, se entienden como medios a través de los cuales reforzar el pluralismo y el proceder racional del individuo que redunde en el redimensionamiento de la condición humana que, mediada por el encuentro y la reconciliación posibilite el alcance del estado de plenitud; esto como resultado de la primacía del sentido de fraternidad, en el que cada individuo esté dispuesto a renunciar a sus intereses personales y adherirse a principios comunes que garanticen la reivindicación de la vida colectiva.

2.3.10_. CONSTRUIR ESCENARIOS PARA LA CONVIVENCIA PLURAL, PARTICIPATIVA Y DEMOCRÁTICA

Este cometido ampliamente reconocido por las convenciones internacionales en materia de derechos humanos, sugiere el operar conjunto de los miembros de la comunidad educativa en torno a la ampliación de los canales de comunicación, expresión de voluntades en condiciones paritarias, pero además, el fomento del sentido de la corresponsabilidad en la tarea de tomar decisiones producto de la deliberación, del establecimiento de acuerdos y del reconocimiento de las opiniones, como manifestaciones igualmente válidas.

Este compromiso inherente a la justicia social, plantea para su consolidación, el emprendimiento de acciones en torno a: la promoción de tolerancia, la comprensión empática y la aceptación, el fomento de las relaciones simétricas, el fomento de la escucha activa atenta y respetuosa, el uso del diálogo asertivo y el proceder ético que conduzca al encuentro, así como a la reconciliación como resultado del ejercicio del sentido crítico, de la sensibilidad humana y del trabajo en equipo. Según el Centro de Documentación del Indesol (s.f), esta convivencia pacífica puede lograrse mediante el reforzamiento de la «capacidad de vivir juntos respetándonos y consensuando normas básicas, con la finalidad de armonizar los intereses individuales con los colectivos, ampliando de esta manera la posibilidad de resolver los conflictos de manera constructiva». Pág. 29.

CONCLUSIONES

El abordaje del acoso escolar como fenómeno sustentado en la disfuncionalidad social, constituye una tarea compleja que demanda la conjugación de esfuerzos en torno a la reducción de sus implicaciones multidimensionales perversas; a las cuales afrontar desde la participación sinérgica y corresponsable, en la que los factores de socialización y las instituciones del Estado consigan la erradicación de la dominación, la violencia, la agresión y la intolerancia, como rasgos evidentes de la conflictividad



que experimenta la sociedad y, que es legitimada culturalmente y reproducida en el contexto escolar, ocasionando la destrucción del clima armónico, la convivencia pacífica y el relacionamiento positivo fundado en la reciprocidad.

En otras palabras, se trata de identificar las condiciones que han marginado, excluido y discriminado a ciertos sujetos, ocasionando episodios de hostilidad, persecución y maltrato entre quienes procurando mantener su estatus se imponen usando medios arbitrarios y destructivos que a ser desplegados sobre los más vulnerables, ocasionan disfuncionalidad institucional como la condición socio-histórica a la que se le adjudica la destructividad de los vínculos humanos tanto al interior de la institución educativa como en el escenario social.

De allí, la necesidad de generar procesos de investigación en los que desde cada contexto educativo se determinen las acciones de intervención preventiva frente a situaciones de acoso escolar en sus diversas manifestaciones, en un intento por aportar los recursos y las estrategias necesarias para fortalecer la autogestión y a gestión de las relaciones, mediante la elevación de la conciencia individual y social que aporte a la formación del sentido de ciudadanía, de la que depende el desarrollo propio y de quienes conforman el entorno, pero además, constituirse en sujeto activo, catalizador de cambios significativos sustentados en el proceder respetuoso, en la disposición para gestionar conflictos pacífica e inteligentemente, establecer vínculos sólidos y saludables y, ejercer el trabajo cooperativo que fomente la interdependencia entre sujetos con pronunciadas diferencias sociales y culturales.

Por consiguiente, la unificación de esfuerzos en torno a la comprensión, abordaje y tratamiento del acoso escolar, demanda acciones de investigación en las que se precise puntos estratégicos de atención socioeducativa enfocadas en redimensionar dimensiones tangenciales de la convivencia, entre las que se mencionan: enseñar a vivir, relacionarse e interactuar en condiciones de respeto, aceptar la diversidad, promover la comprensión empática y la solidaridad intergrupar, así como el resguardo de la integridad del otro como una actitud recíproca que garantice la consolidación de la escuela en un lugar seguro.

En tal sentido, el compromiso de las comunidades científicas venezolanas debe girar en torno a la profundización en las relaciones sociales, familiares y educativas, con la finalidad de precisar ámbitos de trabajo inter y multidisciplinario, como proceso necesario para erradicar las implicaciones multidimensionales y multifactoriales del acoso escolar; lo cual supone, impulsar acciones trascendentales que aporten a la transformación positiva del clima escolar, a la convivencia pacífica y al fortalecimiento de las relaciones interpersonales, como dimensiones de las que depende el desarrollo coherente de la personalidad y el resguardo de la integridad de los estudiantes, cometidos explícitamente pautados en el Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica.

En conclusión, el Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica como iniciativa legislativa constituye un instrumento además de innovador y pertinente, un medio para delinear la organización tanto institucional de la escuela y el Estado en torno al abordaje del acoso como fenómeno multifactorial, al que se le adjudican





consecuencias no solo asociadas con la conflictividad destructiva del clima escolar, sino responsable de daños psicosociales, emocionales y físicos que dejan motivan el absentismo de los sujetos que se perciben vulnerables ante los embates del maltrato sistemático y el comportamiento hostil de terceros. De este modo, es posible ver en este anteproyecto de ley la posibilidad para formar en lo referente al ejercicio pleno de la ciudadanía, como ideal que por estar fundado en valores universales posibilitan la convivencia saludable y armónica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aarón, A., Milicic, N., Sánchez, M y Subercaseaux, J. (2017). «*Construyendo Juntos: Claves para la Convivencia Escolar*». Agencia de Calidad de la Educación. Santiago de Chile. Págs. 25.

Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica. Aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 21 de abril de 2022. <http://www.asambleanacional.gob.ve/leyes/proyecto/ley-de-convivencia-pacifica-escolar>

Barra, E. (2003) «*Psicología de la Salud*». Santiago de Chile: Editorial Mediterráneo. Pág. 22.

Bisquerra, R. (2006). Orientación Psicopedagógica y Educación Emocional. Universidad de Navarra. «*Estudios sobre Educación*», 11, 9-25.

Bisquerra, R., y Pérez, N. (2007). Competencias emocionales. «*Educación Siglo XXI*», 10, 61-82.

Bisquerra, R. et al. (2011). «*Educación Emocional. Propuestas para Educadores y Familias*». Editorial Descléede Brouwer. Bilbao, España. Pág. 12 y 34.

Camps, V. (2000) .«*Los Valores de la Educación*». Editorial Anaya. Madrid, España. Págs. 1, 77 y 82.

Centro de Documentación del Indesol. (s.f). Manual de cultura de paz y derechos humanos. Guanajuato: Colegio de Guanajuato para el Desarrollo. Pág. 29 y 37.

Cloninger, S. (2003). «*Teorías de la Personalidad*». Prentice Hall. Ciudad de México, México. Pág. 35.

Corkille, D. (2010). «*El Niño Feliz su Clave Psicológica*». Granica Editor. Barcelona, España. Pág. 45.

Cortina, A. (2000). «*Ética Mínima. Introducción a la Filosofía Práctica*». Editorial Tecnos. Madrid, España. Pág. 73.



Cortina, A. (2009). «*Ciudadanos del Mundo. Hacia una Teoría de la Ciudadanía*». Alianza Editorial. Madrid, España. Págs. 83 y 193.

Delors, J. (1996). «*La Educación Encierra un Tesoro*». Ediciones UNESCO. Madrid, España. Pág. 39.

Foucault, M. (1991). «*El Sujeto y el Poder*». CARPE DIEM Ediciones. Bogotá, Colombia. Págs. 18 y 19.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela 5.453, de fecha 3 de marzo del año 2000. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999).

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.859 Extraordinaria, de fecha 10 de diciembre de 2007. Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. (2007).

Goulen, C. (2010). «*Breve Historia del Racismo*». Alianza Editorial. Madrid, España. Pág. 7 y 169.

Hirigoyen, M. (1999). «*El Acoso Moral. El Maltrato Psicológico en la Vida Cotidiana*». Editorial Paidós. Barcelona, España. Pág. 46.

López, M. (2008). «*Psicología de la Delincuencia*». Universidad de Salamanca. Madrid, España. Págs. 165.

Maalouf, A. (1999). «*Identidades Asesinas*». Alianza editorial. Madrid, España. Págs. 6, 8, 13 y 27.

Morales, J. (2022). Una política pública en materia de cultura de paz y construcción de escenarios para la convivencia con enfoque holístico-integral a partir del Anteproyecto de Ley de Convivencia Escolar Pacífica. «*Anuario de Administración Educativa*», 12 (12), 63-77.

Morales, J. (2023). Víctima, victimario y el tercero espectador: la tríada que conforma el espiral de la violencia escolar, «*Revista Latinoamericana de Difusión Científica*», 5 (8), 191-217.

Naranjo, C. (2013). «*Cambiar la Educación para Cambiar el Mundo*». Editorial La Llave. Madrid, España. Pág. 4 y 13.

Olweus, D. (2020) «*Conductas de Acoso y Amenazas entre Adolescentes*». Ediciones Morata. Madrid, España. Págs. 11, 19, 20 y 67.

Puglisi, B. (2012). «*Las Escuelas como Escenarios en los que se Producen y Reproducen Violencias contra Niños, Niñas y Adolescentes*». Instituto Latinoamericano de Investigaciones en Ciencias Sociales. Caracas, Venezuela. Págs. 10 y 11.



Redorta, J. (2011). «*El Poder y sus Conflictos o ¿Quién puede más?*» Editorial Paidós. Madrid, España. Pág. 8.

Rogers, C. (2015). «*Libertad y Creatividad en la Educación*». Barcelona: Editorial Paidós. Pág. 16.

Sandoval, S. (2009). «*Psicología del Desarrollo Humano*». Universidad Autónoma de Sinaloa. Sinaloa, México. Pág. 45.

Sanmartín, J. (2012). Claves para entender la violencia en el siglo XXI. «*Revista Ludus Vitalis*», vol. XX, num. 38, 2012, 145-160.

Sartori, G. (2007). «*Homo Videns. La Sociedad Teledirigida*». Editorial Taurus. Ciudad de México, México. Pág. 51.

Sarramona, J. (2007). «*Desafíos de la escuela en el siglo XXI*». Editorial Octaedro. Barcelona, España. Pág. 35, 65, 72 y 91.

Tedesco, J. (2014). «*Educación en la Sociedad del Conocimiento*». Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México, México, Pág. 46.

Vázquez, C. (2003). «*Teorías Criminológicas sobre la Delincuencia Juvenil*». Colex. Madrid, España. Pág. 19.

Wierviorka, M. (2009). «*El Racismo: una Introducción*». Editorial Gedisa. Barcelona, España. Pág. 180.

EL SALARIO MÍNIMO COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL EN VENEZUELA

THE MINIMUM WAGE AS A HUMAN RIGHT FUNDAMENTAL IN VENEZUELA

Gerardo José Zambrano Mesa⁶⁸

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.08.06>

Fecha de Recepción: 01 de octubre de 2022

Fecha de Aceptación: 31 de octubre 2022

RESUMEN

El presente paper está relacionado con el salario mínimo vital como remuneración básica en los empleos formales, la cuantía del mismo, y su referencia en las demás escalas salariales tanto en empresas públicas como privadas, los problemas del salario, y en particular del salario mínimo, se centra en que dado los niveles de inflación y devaluación, los mismos sea cualquier monto que han fijado por decreto, no satisface las aspiraciones de los trabajadores, ya que la inmensa mayoría de los trabajadores subordinados, el salario tiene una evidente finalidad de subsistencia, se trabaja para procurarse de bienes y servicios que requiere tanto el trabajador como su familia.

Palabras claves: salarios, salario mínimo, derechos humanos, cuantía.

ABSTRACT

The present paper is related to the minimum living wage as basic remuneration in formal jobs, its amount, and its reference in other salary scales in both public and private companies, salary problems, and in particular the minimum wage, It focuses on the fact that given the levels of inflation and devaluation, whatever amount they have set by decree, it does not satisfy the aspirations of the workers, since the vast majority of subordinate workers, the salary has an evident purpose of subsistence, Work is done to procure goods and services that both the worker and his family.

Keywords: Salary, Minimum Wage, Human Rights, Amount.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, se aborda al trabajo como elemento vital para el ser humano, ya que es el medio para obtener principalmente el sustento. Pero la necesidad de trabajar, comprende varios elementos que se deben tomar en cuenta, ya que el trabajo es esencial para las personas que involucra el mejoramiento de su calidad de vida, así como para el bien de la sociedad en su conjunto. En el presente trabajo, se

⁶⁸ Estudiante de la carrera de derecho del segundo año en la Universidad de Los Andes (ULA).



aborda un aspecto importante, que implica el derecho al trabajo en su marco jurídico en Venezuela, y su remuneración, y está enfocado principalmente al salario mínimo, y está enmarcado, en conocer aspectos relevantes sobre el salario, particularmente sobre el salario mínimo en Venezuela, y su cuantía, ya que es éste el salario el que se toma como referencia, para fijar las remuneraciones en otras escalas salariales en el país. La estructura del trabajo se desarrolla, donde se presenta la problemática de estudio del salario, y en particular de salario mínimo, el estudio del mismo en el contexto venezolano.

Luego, se expondrá la aproximación teórica del salario mínimo como derecho humano fundamental, y el alcance del salario mínimo tanto en contexto internacional como nacional, así como las bases jurídicas, que son el conjunto de normas que le dan sustento legal al presente trabajo.

DESARROLLO

1. PROBLEMÁTICA DE ESTUDIO

La problemática del salario, y en particular con el punto del referido salario mínimo, plantea revisar la cuantía del mismo, que puede ser establecido por Ley en muchos países, o de manera unilateral por los patronos en muchas empresas, es decir, es la remuneración mínima que debe recibir un trabajador, como contraprestación a sus servicios, al obtener un empleo formal, y éste se le conoce como *Salario Mínimo Vital*, que no es más que es el salario del más bajo nivel en la escala laboral, aunque éste ha venido siendo protegido por las legislaciones de muchos países, al considerar al mismo, un Derecho Humano, porque ven en el mismo, un punto de partida, que permite mantener y elevar el nivel de vida de las personas cuando acceden a un empleo, ya que se debe velar porque el mismo sea equitativo y satisfactorio, asunto que no se cumple del todo en Venezuela, derivado de muchas variables tales como la inflación, la devaluación, y otros problemas de índole social y económico que impactan al bolsillo y bienestar de la clase trabajadora.

No es simple baladé las anteriores aserciones jurídicas, porque el *Derecho al Salario Mínimo Vital* ha sido visto como un derecho humano instrumental, o, como un buen derecho humano que sirve de puente para el disfrute de otros derechos humanos. Es, un derecho humano de otros derechos humanos. Pues sin el salario digno de un trabajador en una sociedad capitalista, no se puede sobrevivir, pues el dinero conocido como salario, es el medio para disfrutar de servicios públicos básicos que son ponderables numéricamente en dinero.

Cuando se habla de Derechos Humanos, se hace referencia también a un conjunto de elementos que se deben tomar en cuenta, para una coexistencia pacífica, entre todas las personas que habitan este mundo, comenzando por elementos fundamentales como el derecho a la vida, a la justicia, a la libertad y a la paz, entre otros, que deben estar protegidos en un régimen de derecho. Así, en ese devenir de circunstancias, toca uno que reviste vital importancia, como lo es, el trabajo subordinado, que es *el que se percibe como aquel que a cambio de una jornada laboral, se le*

retribuye con una remuneración específica a una gran cantidad de personas, y que en este caso de investigación, se refiere al salario mínimo vital, o a la remuneración más básica que legalmente puede percibir un trabajador, pudiéndose entender según la Comisión Nacional de Derechos Humanos (2016) como que «el salario mínimo es un estándar, atinente a la población asalariada, es decir, a las personas que laboran de manera subordinada y remunerada, y que por ello perciben un sueldo». Pág. 6.



De este concepto, se desprende dos consideraciones fundamentales, uno que es un estándar, y que se da en un ambiente formal; y dos, que en muchos países no se conoce la figura, pero en otros sí, como en el continente americano; allí se tienen ejemplos de salario mínimo como México, Chile y Venezuela.

Miranda (2018) sostiene que Chile, que pertenece a la organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el *salario mínimo* es particularmente relevante, pero en otros países miembros de esa organización, una gran parte de su fuerza de trabajo, está cubierta por convenios colectivos por sectores en los que se negocian *salarios base*.

Generalmente se cree, que el salario mínimo está asociado directamente a la pobreza, y en efecto Gindling (2018) «Aumentar el salario mínimo reduce la pobreza en la mayoría de los países en desarrollo. Pero el impacto es módico, porque el salario mínimo solo afecta a una minoría de trabajadores pobres; en particular, no cubre a los trabajadores del gran sector informal». Pág.1.

Venezuela, país petrolero en el pasado, el salario mínimo como derecho humano, ha venido siendo afectado en su poder de compra durante los últimos tiempos. Hace muchos años, era un estímulo para acceder a un primer empleo con una preparación o entrenamiento básico.

Pero hoy en día, esto es prácticamente nulo, puesto que el mero salario de entrada para cualquier persona, sin importar su preparación profesional o técnica, ha tenido implicaciones a nivel económico y social, y de desestimulo de una gran masa laboral a pertenecer a un nivel formal en la economía. La gente prefiere trabajar en el sector informal de la economía ante la nula remuneración de los empleos formales. Sumado esto al enorme esfuerzo que ha de imprimirse para formarse y capacitarse en los centros de enseñanza que se encuentran en el territorio. Sencillamente, en Venezuela, un empleo formal no es nada rentable. De tal manera, que puede afirmarse sin lugar a dudas, que ante la ausencia de una adecuada remuneración para el trabajador, se termine acabando con el trabajo, y en especial con el empleo en el sector público venezolano.

En este orden de ideas, Carballo Mena (2013) expone:

Que en los artículos 91 de la Constitución, y 98 y 111 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y trabajadoras dimana el carácter productivo y por cuenta ajena de la prestación de servicios objeto del Derecho al Trabajo, a través del principio de suficiencia del salario. En efecto, como se apuntó en su oportunidad, el trabajador pone a disposición del patrono su fuerza de trabajo con el objeto de obtener los medios de



satisfacción de sus necesidades y las de su núcleo familiar. No obstante, tratándose de una prestación de servicios por cuenta ajena, es el patrono quien apropia originariamente sus frutos o créditos, debiendo entonces asegurar el carácter productivo del vínculo jurídico mediante el pago del salario al trabajador. Pág. 105.

La suficiencia del salario, como luce lógico, constituye un dato orientador a los fines de su estipulación, pues pretende garantizar al trabajador y a su núcleo familiar la satisfacción de las referidas necesidades familiares aparece como un dato supremamente relevante para la estipulación del salario por los sujetos de la relación de trabajo (artículos 89 y 100.1 Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores, y las Trabajadoras, en adelante LOTTT), su eventual incremento mediante Decreto del Ejecutivo Nacional (artículo 111 LOTTT), y la fijación del salario mínimo (Artículo 91, único Aparte de la Constitución.

De esta forma, aunque el salario puede estipularse libremente por los sujetos de la relación laboral, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, éste no podrá ser inferior al que se fije como mínimo (artículos 99, 129 y 130 LOTTT) y, en todo caso deberá considerarse a tales fines, además de la suficiencia, el principio de justa distribución de la riqueza y el reconocimiento del mayor valor del trabajo, frente al capital, la cantidad y calidad del servicio prestado, el principio de igualdad salarial, y la equivalencia con los salarios que imperen en la localidad, o en las mismas áreas productivas (Artículo 100 LOTTT).

Venezuela, durante los últimos años, ha tenido un sinfín de problemas económicos entre los que se pueden mencionar. Para Pró-Rizquez (2018):

El bajo poder de intercambio comercial de nuestro cono monetario, el controlde cambios imperante desde hace quince años y la inflación e hiperinflación del año 2018 golpean tenazmente el poder adquisitivo de todos en Venezuela, particularmente el de los trabajadores asalariados. Ello nos ha llevado a reflexionar sobre las ventajas e incrementos económicos que se le pueden otorgar los referidos prestadores de servicios subordinados, sin que impacte necesariamente en el resto de los beneficios laborales a que tienen derecho con ocasión de la relación laboral local. Pág. 612.

El trabajo subordinado, se supone que está conformado por la mayoría de la población activa de un país, la cual debe ser objeto de protección especial por parte del Estado, ya que para la mayoría de las personas trabajadoras, viene hacer su única fuente de sustento, tanto para él, como para sus familias, y el mismo debe estudiado desde el punto de vista, económico, social y jurídico; pues en un nivel de remuneración poco adecuado, o poco equilibrado, hacen que nazcan problemas de malestar social, como los reclamos laborales, huelgas, y reclamos a nivel de sindicatos de trabajadores, lo cual repercute en las demás aspiraciones de la clase trabajadora, que aspira a una seguridad social, que va más allá de la remuneración, lo que implica otros beneficios que con solo un salario, no podrían alcanzar, como un buen sistema de seguros de hospitalización, planes de vivienda y vehículo entre otro. Todo esto hace, que el tema laboral y salarial sea muy complejo, y objeto de atención especial por los gobernantes de un país.



2. EL SALARIO MÍNIMO EN VENEZUELA

Hay que decir, que el tema del salario mínimo en Venezuela es un asunto que tiene una gran importancia social, ya que el mismo, es tema de discusión en el país, motivado a la grave crisis económica, política y social que afecta a la sociedad venezolana. Y el mismo, junto a las demás escalas de salario, que ha sufrido una continua degradación, donde el vital poder de compra del salario mínimo ha venido disminuyendo con el pasar del tiempo.

La importancia está, en que una gran masa de trabajadores formales, tanto del sector público como del privado, junto a los jubilados y pensionados del país, han estado sobreviviendo en los últimos años, con salarios mínimos o muy cercanos al mínimo, con un bajo muy poder de compra, y, con las muy graves consecuencias que ha traído en la calidad de vida del venezolano.

La razón en el contexto venezolano del por qué el ciudadano persiste en trabajar, por salarios cuyo poder de compra es prácticamente simbólico, radica en primer lugar a un enorme sentido de responsabilidad; en segundo lugar, al enorme de sentido de pertenencia e identidad con la institución empleadora; y en tercer lugar, a que muchos de estos trabajadores, reciben por otros medios, ingresos adicionales que ayudan a sobrellevar la profunda crisis, bien, por remesas familiares, como también por medio de una complementaria política de bonos gubernamentales, que en alguna medida, ha coadyuvado a soportar la crisis económica de una manera insuficientemente alivianadora, pero, que no siendo para nada suficiente, se necesita revisar y corregir, para que con sanas políticas gubernamentales, se recupere su capacidad de compra, y cumpla con su fin inicial, el cual consiste en ser un *salario de inicio laboral*, es decir, un salario para el primer empleo, tanto para jóvenes como también para aquellas personas sin experiencia o sin habilidades específicas para el cargo al cual postulan.

Analizar el *salario mínimo vital* como *derecho humano fundamental* mediante su cuantificación en el pago actual, para saber, 1) si el mismo es suficiente, o si 2) se satisfacen las necesidades básicas, o, 3) si también su vital cuantía de pago impacta en el empleo formal, 4) así como también la insuficiencia del mismo estimula la migración a otros países; son temas continuamente tomados en serio por analistas y economistas en Venezuela.

3. LOS TRABAJADORES DEBEN TENER UN SALARIO SUFICIENTE

Con el presente trabajo se busca concientizar a que los trabajadores, tanto del sector público como el privado, independientemente de su posición política, exijan al Estado, primeramente, y a sus patronos directos, que les garanticen un salario suficiente que les permita llevar una vida digna. En ese sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000) en su artículo 19:

El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad, y sin discriminación alguna, el goce y el ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos.



Por otro lado, la legislación laboral venezolana, establece en lo que se refiere al salario mínimo que el Estado garantizará tanto a los trabajadores públicos como privados, un salario mínimo que debe ser ajustado cada año sin discriminación y derivado de una amplia consulta, tomando en cuenta lo que al respecto funda la constitución y la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores, y las Trabajadoras - 2012.

Al revisar la Constitución del país, y la Ley del Trabajo, y al concatenarse con lo señalado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) artículo 23.3:

Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana, y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

Esto refleja que, en el marco legal venezolano, efectivamente se ha recogido el espíritu y propósito de la Declaración Universal, solo que, en la práctica, su cumplimiento efectivo sigue siendo una promesa por cumplirse.

4_. EL SALARIO MÍNIMO Y LAS CONTRIBUCIONES FISCALES

El tema del salario mínimo desde el punto de vista de las contribuciones fiscales, es decir, donde se toman cierta cantidad de salarios mínimos para fijar las contribuciones al seguro social, por citar un solo ejemplo, donde el mismo, por su monto tan bajo, afecta también los niveles de recaudación, ya que, a menores salarios, y en este caso el mínimo, los ingresos para el Estado, vía impuestos, también se ven disminuidos de manera significativa, lo que también afecta a los trabajadores, que tendrán menores contraprestaciones afectando su futuro con una menor seguridad social.

4.1_. SALARIO MÍNIMO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Relacionar el salario mínimo como un derecho humano fundamental, se puede encontrar en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como también en el sentir que se recoge de las masas trabajadoras, también como se señala desde hace tiempo, Comisión Nacional de Derechos Humanos (2016):

El concepto de salario o ingreso mínimo de los trabajadores tiene sus orígenes en 1890, en Nueva Zelanda y Australia, y fue motivado por la problemática padecida por los trabajadores, especialmente mujeres y jóvenes, cuya remuneración era tan baja que no les permitía lograr la autosuficiencia para ellos y sus familias. Esta figura protectora se difundió y ha sido adoptada por diversos países, entre ellos México. El monto y el poder adquisitivo del salario han sido temas de amplio debate en un gran número de países. Pág. 3.

De igual forma, Carballo Mena (2013) menciona:

Que en términos generales, son irrenunciables los derechos y garantías que benefician al trabajador, esto es, no se reconocerán efectos jurídicos

al abandono que ésta hiciere de sus derechos (artículos 89.2 Constitución nacional, 18.4 y 19 LOTTT). En el ámbito concreto del derecho al salario, el artículo 103 LOTTT consagra su irrenunciabilidad, y por tanto, el trabajador no puede cederlo, en todo o en parte, a título gratuito u oneroso, salvo a sus hijos y al cónyuge o persona con quien mantenga unión estable de hecho. Pág. 111.

Por virtud de lo expuesto, debe atribuirse carácter excepcional a la regla conforme a la cual el pago del salario puede verificarse en persona distinta del trabajador, cuando éste lo hubiere autorizado expresamente, y por escrito (artículo 124 LOTTT). Así, el patrono para obrar en el sentido expuesto, deberá no sólo exigir la manifestación indubitable de la voluntad del trabajador, sino además, los fundamentos que demuestren su razonabilidad. En caso contrario, Carblla mena (2013) «...esto es, si se admitiese con cierta laxitud la facultad que consagra el comentado artículo 124 LOTTT, se vulneraría el principio de irrenunciabilidad e inaccesibilidad del salario.» Pág. 112.

De hecho, tributarizando el tema del derecho humano al salario, vale la pena mencionar, que los trabajadores podrán autorizar al patrono que les descuenten de su salario cuotas únicas o periódicas en beneficio de la organización sindical o caja de ahorros a que estén afiliados, de conformidad con sus estatutos y la Ley.

De igual modo, se puede recalcar, que bajo el concepto de la doctrina germánica del *contenido esencial (die Wesensgehalt) del derecho al salario mínimo*, que éste ha sufrido un vaciamiento (*aushölen*), que ha ahuecado de contenido el aludido derecho, convirtiéndolo en un cascarón vacío, pues no tiene sentido la existencia de un derecho constitucional y humano, que para ser efectivo, debe ser cuantitativamente suficiente para cubrir con todas las exigencias mínimas constitucionales, a nivel de sobrevivencia diaria, si el Estado no fija un salario mínimo suficiente para el trabajador.

Un salario que no es digno en términos cuantitativos -*aunque exista el derecho de un salario*-, es lo mismo que decir, que el derecho constitucional *per se* es completamente ineficaz. Y se supone, que el concepto jurídico de reconocer a un derecho constitucional laboral con su simple constitucionalización, o con la ayuda de un tratado internacional suscrito, es una acción jurídica dignificadora de la vida del individuo: no tiene sentido lo uno sin lo otro. En especial, si en opinión del ilustre sociólogo alemán **George Gurvitch**, «los derechos sociales son derechos de participación de los grupos y de los individuos, derivados de su integración en colectividades, y que garantizan el carácter democrático de estas.» En vista de que, esta definición según el español **Antonio E. Pérez Luño** (1983) «...permite advertir los caracteres más salientes de los derechos sociales.» Pág. 183. Así, pueden entenderse tales derechos, en sentido objetivo, como el conjunto de las normas, a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales.

En tanto, que en un *sentido subjetivo*, los derechos fundamentales sociales pueden entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos.



5. CONTEXTO NACIONAL E INTERNACIONAL SOBRE EL SALARIO MÍNIMO

La construcción del presente trabajo con el salario mínimo deriva de la investigación documental, que relaciona al salario mínimo como una técnica de intervención del Estado en la economía con los derechos humanos. A partir de la delimitación del tema, se revisó el material legal impreso, así como, que se consultó páginas web de la Universidad de Chile, de la Universidad Católica Andrés Bello, la Universidad del Zulia, también en páginas web de organismos como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y de la O.I.T., entre otras, para conocer los estudios que se han realizado en este campo investigativo, y determinar a qué conclusiones se han llegado.

Con base en esta revisión documental, surgió la siguiente estructura de la investigación: antecedentes internacionales y antecedentes nacionales; como puede apreciarse, esta perspectiva abarca de donde viene, y su aspecto internacional y nacional, y permite realizar una aproximación bastante cercana al tema de investigación.

5.1. CONTEXTO INTERNACIONAL

Al revisar la parte internacional, se encuentra que, en los países menos desarrollados, aunque el salario mínimo tiene mayor relevancia, los estudios del mismo son menos frecuentes que en los países más desarrollados, así se tiene que:

Aunque la literatura de salario mínimo es abundante, está concentrada en economías desarrolladas. Las conclusiones que se pueden extraer de estos estudios son difícilmente aplicables a países en vías de desarrollo, debido a las diferencias estructurales de los mercados del trabajo. Las consecuencias del salario mínimo son particularmente importantes para los países en desarrollo, debido a la dificultad que tienen estos de mejorar las condiciones de los trabajadores de menores ingresos y la existencia de mercados informales del trabajo. (Belman y Wilson, 2016 referenciado en Miranda, 2018).

Siempre que se habla de salario mínimo, se podría pensar que los mismos van beneficiar a todos los trabajadores, olvidando que se está legislando es para los sectores formales de la economía, olvidando aquel sector informal que puede ser mucho más significativo.

Gindling (2018) plantea que cuando se establecen los salarios mínimos, estos se dirigen a los sectores formales de la economía, lo cual siempre representa una minoría en la mayoría de los países en desarrollo, y muchos de ellos viven en hogares pobres, pero estos están en función de las características del mercado laboral, y de los trabajadores informales, que podrían verse impactados si existe una red de seguridad social.

5.2. CONTEXTO NACIONAL

La primera fijación del salario mínimo nacional, se dio durante el primer gobierno





del ex presidente Carlos Andrés Pérez en el año 1.974. En ese sentido, Coronado (2017):

Ese Decreto Ley fue dictado en ejecución de la Ley Habilitante que el Congreso había sancionado a favor del Presidente Carlos Andrés Pérez, publicado en la Gaceta Oficial 30.412 de 31 de mayo de 1974. En el ordinal 10 del artículo 1 de esa Ley Habilitante se facultaba al Presidente de la República para «decretar salarios mínimos y los aumentos de sueldos, salarios y prestaciones requeridos para elevar el nivel de vida de la población y mejorar la distribución de los ingresos de acuerdo con la política general que defina el Ejecutivo Nacional. En ningún caso el ejercicio de esta facultad impedirá modificaciones de sueldos y salarios resultantes de los contratos de trabajo. Pág. 69.

6_. EL SALARIO MÍNIMO VITAL COMO DERECHO HUMANO

Sobre el Salario Mínimo Vital como Derecho Humano fundamental en Venezuela, esto lleva a definir cada punto para llegar a la parte principal de cómo el salario mínimo impacta en la clase trabajadora del país. Para ello, se toma primeramente la definición de salario, para así entender todo lo relacionado con la investigación.

7_. DEFINICIÓN DE SALARIO

Se entiende por salario según el artículo 104 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras (2012):

La remuneración, provecho o ventaja cualquiera fuera su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en moneda de curso legal, que corresponda al trabajador o trabajadora por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extraordinarias, o trabajo nocturno, alimentación y vivienda.

7.A) SALARIO MÍNIMO

Es el salario más bajo que los empleadores pueden pagar a sus trabajadores legalmente (Hernández, 2019, pág. 6). Un concepto más completo se puede encontrar así en la Comisión Nacional de Derechos Humanos (2016):

El salario mínimo, como figura que refleja el monto económico irreductible que debe percibir diariamente toda persona que realiza un trabajo personal y subordinado, conjuntamente con las medidas de protección social, constituyen el medio fundamental para asegurar una vida digna; pues de ello depende el acceso a servicios que contribuyan al disfrute de los derechos humanos consustanciales al bienestar de las personas, tales como la alimentación, la vivienda adecuada con servicios indispensables, la salud, el agua y el saneamiento, por mencionar solo algunos. Pág. 26.

7.B) SALARIO MÍNIMO VITAL

Con esta denominación, la señala la Constitución de Venezuela, en su artículo

91, sin embargo, en la ley referente a la materia, se sigue llamando salario mínimo, y así es conocida por los trabajadores cuando se hace referencia al salario mínimo.

7.C) FORMAS DE ESTIPULAR EL SALARIO

De este modo, el artículo 112 de la Ley Orgánica del trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras (2012):

El salario se podrá estipular por unidad de tiempo, por unidad de obra, por piezas o a destajo, por tarea y por comisión. La forma de cálculo del salario no afecta la naturaleza de la relación de trabajo, sea está a tiempo determinado o indeterminado.

8_. DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos, son los derechos inherentes a todos los seres humanos por igual como el derecho a la vida, y con respecto al salario mínimo pues, según la Comisión Nacional de Derechos Humanos (2016):

El salario constituye uno de los derechos de toda persona que trabaja para un tercero, a través del cual puede disfrutar de una vida digna. Los ingresos de una persona le deben permitir que cubra sus necesidades básicas de alimentación, vivienda, salud, educación, entre otras, no solo para sí misma, sino también para su familia, por lo que, en ese sentido, tal derecho está relacionado directamente con el goce y la satisfacción de diversos derechos humanos. Pág.3.

9_. BASES LEGALES DEL SALARIO MÍNIMO EN VENEZUELA

Son el conjunto de normas de carácter legal que sirven de base para sustentar jurídicamente el presente trabajo de investigación. Dicha bases legales son en primer lugar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de fecha 23 de marzo de 2010, así como la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de fecha 07 de marzo de 2012 (LOTTT), la cual se adaptó a las disposiciones legales de la nueva Constitución, aunque no así el reglamento a esta Ley, la cual sigue vigente, bajo la anterior ley del trabajo de 1997, que es preconstitucional y prelegislativo, con lo cual deberá interpretarse conforme a la Constitución de 1999, según el principio homónimo. Así se tiene que en la Constitución de 1999:

Artículo 19 El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

Artículo 91 Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que



debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica. La Ley establecerá la forma y el procedimiento.



10_. EL DERECHO AL TRABAJO Y EL DEBER DE TRABAJAR

La legislación laboral venezolana desarrolla en su articulado varias disposiciones que conlleva a la protección del ingreso, entre estos se tiene varios artículos los cuales se revisarán, ya que tienen relación directa con el tema tratado sobre el salario mínimo vigente en el país. Y el cual, el monto de su cuantía, ha venido siendo objeto de análisis y reclamos por parte de los trabajadores y algunos sindicatos, que lo han visto mermado, mucho antes del problema de la pandemia.

Cuando leemos el artículo 26 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadora, donde se establece el derecho y el deber de trabajar, de acuerdo a las capacidades y actitudes de la persona, con el fin de obtener una ocupación productiva, y debidamente remunerada, que le proporcione una existencia digna y decorosa, podemos ver varios elementos que vale la pena resaltar en el marco de la remuneración actual «lo debidamente remunerada y la proporción de una existencia digna y decorosa, «para estos puntos, se examinará lo que al respecto indica el artículo 23 ordinal 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

En el artículo 96 LOTTT, se menciona, por ejemplo, que con el salario se debe garantizar una vida digna del trabajador junto a su familia, cubriendo las necesidades materiales, sociales e intelectuales, previendo en la misma la ley, el desarrollo de los mecanismos para que esto se cumpla.

Por su parte, en el artículo 97 *ejusdem*, señala que el Estado venezolano, asume su corresponsabilidad con la sociedad, para la protección del ingreso familiar, garantizando la salud y la educación pública gratuita, lo que nos lleva a reflexionar como ciudadanos si esto se está cumpliendo o en qué grado se lleva a la práctica, en el sentido de que si el venezolano cuenta con un sistema de salud o educación satisfactoria que le permita en caso de una eventualidad proteger su ingreso familiar.

Aunque el artículo 99 *in comento*, menciona sobre la libre estipulación del salario, la aspiración de la clase trabajadora nacional es que esa estipulación, tome en cuenta sus aspiraciones laborales, es decir, según preparación experiencia y méritos, pero se está dando la situación completamente atípica, de una política salarial, tanto del sector público como del privado muy baja para cubrir la expectativa de salario digno.



Por su parte, el artículo 129 *in comento* en su último aparte señala que cada año, previo estudio y mediante una amplia consulta nacional, conociendo previamente las opiniones de las distintas organizaciones sociales e instituciones en materia socioeconómica se establecerá un salario mínimo que cumpla con las expectativas de los trabajadores; situación, que nunca se ha cumplido desde la entrada en vigencia de esta ley en el año 2012, y que siempre ha sido motivo de crítica por parte de los sindicatos laborales como del sector empresarial del país.

Aunque en el presente trabajo, se limita a abordar solo el salario mínimo, se analizó, algunos artículos o disposiciones técnico legales, que establece la LOTTT y hace referencia al salario como elemento fundamental en las relaciones laborales.

11. REVISIÓN DEL SALARIO MÍNIMO AÑOS 2017 Y 2021

En este trabajo, se revisó el aumento el salario mínimo de los años 2017 y 2021, donde se puede apreciar el carácter polémico en cuanto a la fijación del mismo en Venezuela. Si se revisa la Ley Orgánica del Trabajo vigente en su artículo 129 en su último aparte, se encuentra que el salario mínimo se fijará anualmente por el Poder Ejecutivo Nacional, mediante amplia consulta donde se conocerá la opinión de las distintas organizaciones sociales; aspecto, que nunca se ha cumplido en los últimos años, donde se fija un salario mínimo no cónsono con la realidad actual, sin tomar en cuenta ni a empresarios ni a trabajadores, y por eso el malestar de ambos, lo cual se puede corroborar en los medios de comunicación del país.

En ese sentido, si se revisa en un solo año dentro del período de revisión, tomando el año 2017 por ejemplo, se observa que en Venezuela, se decretaron 4 incrementos del salario mínimo, correspondiente a ese año, entre el período comprendido del 1ro de enero al 1ro de septiembre, lo que llevaron el salario mínimo de Bs. 40.638,15 a Bs. 136.544, 18. (Coronado, 2017, Pág. 95). Estas cifras se presentan, a valores antes de las reconversiones monetarias del año 2018 y 2020.

De esto se puede determinar que el salario mínimo no satisface las necesidades básicas de los trabajadores venezolanos, no solo se demuestra por la cuantía y frecuencia del aumento, sino que resaltan varios elementos, como por ejemplo el no cumplir con lo estipulado en el artículo 91 de la Constitución, donde estos deben tomar en cuenta el costo de la canasta básica, donde surgen además otras formas de pago por parte del gobierno, con los llamados bonos de la patria, que es una forma de tratar de compensar el desfase existente entre el mandato constitucional, de garantizar una retribución digna, con una política de bonos frecuentes, con la particularidad que estos no se consideran salarios.

Si se trae a octubre del año pasado, y se resume el Resumen Ejecutivo de la Canasta Alimentaria elaborado por el Centro de Documentación y Análisis de los Trabajadores (2021), se encuentra que para ese mes, con un salario mínimo fijado en Bs. 7, representaba apenas el 0,64% de esa canasta, valorada en Bs. 1.093,47, lo que representa un claro déficit del 99,36%, cuyo resultado es alarmante, y que se refleja en otras consecuencias como una baja remuneración impacta el empleo formal, ya que las personas ante la imposibilidad de sobrevivir con una remuneración tan baja,

optan por irse a la economía informal por un lado; y por el otro, los empresarios idearse algún mecanismo para retenerlos, surgiendo la remuneración en moneda extranjera. Así, se tiene por ejemplo, Pró-Rizquez (2018):

Además, en nuestra experiencia, es una práctica común en el mercado, pagar salarios total o parcialmente en divisas, así como beneficios laborales de los trabajadores y ello constituye una de las mejores alternativas de retención de personal. Entre los beneficios laborales que suelen pagarse en divisas, además del salario, está el bono vacacional, las utilidades, las prestaciones sociales, como más adelante se detalla, y las bonificaciones. Pág. 623.

Al ser muy baja los niveles de remuneración en Venezuela, y entre estos el salario mínimo, ha estimulado la migración a otros países, como por ejemplo a Colombia donde podemos revisar un trabajo elaborado por la Cruz Roja Colombiana, sobre la perspectiva del migrante venezolano cuando llega a ciertas regiones del país, así se tiene según Cruz Roja Colombiana *et al.* (2018):

Los siguientes relatos se obtuvieron a través de grupos focales y entrevistas semiestructuradas, realizadas a población venezolana, en las ciudades de Cúcuta, Bogotá y Soacha, a la pregunta sobre cuáles fueron los motivos de su migración, contestan: Es una situación apremiante y deprimente, los precios aumentan cada día, mucho desorden en la economía, sin planeación, es un gobierno sectario, esto nos ha afectado psicológicamente, soy padre de dos hijos y tengo esposa, y me toca salir de Venezuela, me sentí como huyendo, como si debiera algo, como si fuéramos delincuentes. Pág. 13.

12. ¿Y QUÉ HACE EL GOBIERNO ANTE ESTO?

Ante la caída abrupta de los salarios, el gobierno venezolano ha planteado algunas estrategias que buscan aminorar el efecto de la crisis, y ayudar a la subsistencia de la población. Las principales son los bonos de la patria y el Clap. Además, hasta el momento, los servicios públicos se han sostenido a bajos precios, aunque esta realidad paulatinamente comienza a cambiar. Pese a ello, el día a día se le ha vuelto difícil a la mayoría de la población, que ha visto deteriorarse su nivel de vida, y el venezolano común se la pasa buscando cómo solventar.

Ahora bien, ¿Por qué se habla en Venezuela de salario mínimo y no de salarios mínimos por sectores o industrias, tal como lo establece el convenio 026 de la OIT, del año 1928, donde Venezuela lo ratificó el 20 de noviembre de 1944 y hasta la fecha no le ha dado cumplimiento por ningún motivo?

Tanto el gobierno actual, como los anteriores, no le han dado importancia de establecer salarios mínimos por sectores o áreas económicas, estando obligado para ellos por el **Convenio ratificado desde el año 1944**, que bien implementado (lo que implica tomar en cuenta los varios sectores del país) puede, mitigar un poco la situación económica de los trabajadores, de ingresos más bajos, estableciendo una escala bien diseñada de salarios, *lo que facilitaría en mucho, la fijación de una política salarial, dado los diferentes niveles de actividad laboral que existen, y que en épocas de crisis*





como la actual, totalmente atípica para un país como Venezuela, ayudaría a la masa trabajadora a afrontar con mayor seguridad esta crisis donde los salarios, ínfimamente bajos no obedecen a un escala que podría ser negociada por los trabajadores y patronos, y no, comenzar con un solo salario mínimo, para la diversidad de tipos de trabajo que existen.

El **Consejo de Administración de la OIT en fecha 18-03-2021**⁶⁹ en el décimo punto de la orden del día, da a conocer la respuesta del gobierno de la República Bolivariana de Venezuela al informe de la comisión de encuesta (procedimiento de investigación de más alto de la OIT establecida en su constitución) nombrada para examinar la queja relativa al incumplimiento de varios convenios, y entre estos, el convenio nro. 26 sobre métodos para fijar el salario mínimo, a lo que el gobierno venezolano respondió en carta fechada el 27 de noviembre de 2019 por el Ministro del Poder Popular para el Proceso social del trabajo, Eduardo Piñateexpone lo siguiente:

... en el ordinal 10 por otra parte, en lo que al salario mínimo se refiere, los métodos para su fijación y formas de aplicación, queda abierta a la participación de los empleadores y trabajadores interesados, en la forma y en la medida que determine la legislación nacional (artículo 3 del *Convenio 26 de la OIT*); es decir, conforme al citado convenio, no existe un modelo de consulta predeterminado que deba aplicarse⁷⁰.

A la luz de todo esto, el gobierno de Venezuela sigue sin responder a las exigencias de la OIT sobre sus observaciones, sobre incumplimientos reiterados de varios de los Convenios suscritos por el país ante ellos; los cuales son procesos que siguen aún en curso, destacando, lo de no utilizar métodos para fijar salarios mínimos, así como no tomar en cuenta otros actores, como empresarios o patronos en estas discusiones, que sin lugar a dudas, repercute en la fijación de los salarios mínimos lo que no repercute de manera positiva en la fijación de estos salarios en el país.

La crisis salarial ha impulsado a muchos trabajadores a pasar de un trabajo formal a trabajar por su cuenta. Según la Encuesta de Condiciones de Vida (ENCOVI) del año 2019-2020 realizada antes de la pandemia, casi la mitad de los trabajadores venezolanos trabaja por su cuenta, la mayoría en el comercio informal, mientras la otra mitad se divide a partes casi iguales entre el empleo público y el empleo formal privado. Esto nos habla de una precarización del empleo en Venezuela y un trasvase del empleo formal al informal periódico⁷¹. ¿Cuál sería la posible causa de esta situación?

Existen diversidad de opiniones sobre las posibles causas de esta crisis salarial en Venezuela, pero dependiendo de su ideología política, se encuentran diferentes

⁶⁹ Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, decimo punto de la orden del día (341a reunión del 10 de marzo 2021 (Ginebra, Suiza). Respuesta del gobierno de la República Bolivariana de Venezuela al informe de la comisión de encuesta, para examinar la queja sobre incumplimiento de convenios. Ginebra: OIT, 2021

⁷⁰ *Ibíd.* Pág. 14.

⁷¹ ¿Mano de Obra Barata? La realidad del salario en Venezuela, PH9.com.ve consultado el 18 de diciembre de 2022 disponible en: <https://ph9.com.ve/mundo-del-trabajo/salario-venezuela-2021-2/>



explicaciones, pero en la que si todos coinciden serian en: 1) La hiperinflación, 2) la caída del ingreso estatal tanto por la disminución de la renta petrolera como por el descenso de la recaudación impositiva, y 3) la larga recesión económica son los factores centrales sin importar la perspectiva ideológica⁷².

De manera directa, ningún funcionario del gobierno habla de manera clara sobre los niveles del salario existentes en Venezuela, sino que, mediante comparaciones, hablan siempre de un aspecto general, pero nunca de manera puntual sobre la situación salarial en el país; y esto sepuede constatar, cuando en un programa de Venezolana de Televisión, VTV el político del Partido Socialista de Venezuela, PSUV, y actual miembro de la mesa de diálogo en México: Francisco Torrealba, comenta entre otras cosas mediante un contacto telefónico en el programa Café en la Mañana que: «en la mayoría de los países al igual que Estados Unidos (EE.UU.), no tienen ningún tipo de protección, como las que tiene la República Bolivariana de Venezuela, para todos sus trabajadores y trabajadoras, quienes reciben un subsidio del 100% para educación, salud, vivienda, alimentación y en los servicios públicos».⁷³

Hizo hincapié también en que más del 80% de los trabajadores y trabajadoras de Venezuela, reciben un ingreso mínimo nacional superior al que está establecido por Decreto Presidencial: «En este caso, hay muchos que antes de anunciarse el ingreso mínimo nacional, por vía del ministro para el Proceso Social de Trabajo, Eduardo Piñate, ya estaban percibiendo un ingreso superior a lo que se acaban de aprobar; él explicó que más de 5 millones de trabajadores que existen en la administración pública no reciben el salario mínimo, porque donde hay convenciones colectivas, existen las llamadas tablas, tabuladores o escalas salariales:

El salario mínimo es una referencia de arranque para establecer los distintos niveles de sueldo dentro del sector público y dentro del sector privado e instó a no caer en las manipulaciones de las personas que pretenden hacer unas referencias que no son reales.⁷⁴

Como se aprecia anteriormente, tanto la visión particular que tienen en el gobierno, como la realidad misma, marca o refleja que la situación laboral en el país, es complicada, y trae como bien señala Provea (2021):

La pérdida de la capacidad adquisitiva del salario de los trabajadores, así como del deterioro de su calidad de vida; manteniéndose la hiperinflación y la dolarización de facto, causantes de insalvables desigualdades entre quienes accedieron a divisas y quienes percibieron sus ingresos en bolívars devaluados. Esto, agravado por la llegada de la pandemia del COVID-19 y sus consecuencias en el mundo del trabajo.⁷⁵

⁷² Ibid.

⁷³ Venezuela es el único país que aumenta el salario en medio de la pandemia, VTV, consultado el 20 de diciembre de 2022, disponible en: <https://www.vtv.gob.ve/francisco-torrealba-salario-minimo-covid19/>

⁷⁴ Ibid.

¹⁵ Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea) (2021) Derechos Laborales 2020. Situación de los Derechos Humanos en Venezuela informe 2020. Pág. 2.



El contexto antes descrito, ha sido el motor principal de la migración forzada venezolana, calculada en 5,4 millones de refugiados y migrantes para el año 2020, según cifras de la Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR): «La búsqueda de empleo y vida digna ha sido el principal detonante. Como paliativo, al menos un 10% de los hogares venezolanos reciben remesas desde el extranjero».⁷⁶

CONCLUSIONES

Este trabajo se efectuó con la finalidad de hacer un análisis sobre el salario mínimo y su suficiencia, conforme a lo indicado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en la *Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras*, como base legal principal, y en la normativa también constitucional como lo es el goce, y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, los cuales deben ser respetados, garantizados por los órganos del Poder Público Nacional. Este estudio fue analítico, descriptivo, jurídico y documental, en el cual se puede destacar que en Venezuela no se cumple con lo establecido en la Constitución, en el sentido de garantizar un salario digno a los trabajadores, así como el no cumplimiento al momento de realizar su estudio para determinar los montos correspondientes, como tampoco se convoca a las organizaciones laborales ni patronales, estando obligado para ello, ni se toma en cuenta el costo de la canasta básica.

Todo este incumplimiento, repercute fuertemente en la calidad de vida del trabajador venezolano, lo cual, desestimula el trabajo formal e incentiva la informalidad laboral, así como la migración masiva a otros países como Colombia, que recibe el fuerte impacto de los trabajadores venezolanos, que viajan con la esperanza de una vida mejor, reflejada en mejores condiciones laborales, que permitan elevar el nivel de vida tanto para él como para su familia, lo cual lamentablemente no resulta del todo satisfactoria, en muchos casos, ya que esos países, presentan también problemas propios, lo que lleva a muchos trabajadores venezolanos, a trabajar bajo la informalidad, y en condiciones muy precarias. Y que en ocasiones, muchos empleadores se aprovechan de ellos, que no tienen reparo en someterlos a labores que rayan en la esclavitud, sin que exista hasta el momento, entes como la Defensoría del Pueblo que eleve una voz de alerta ni de protesta ante tanta injusticia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Carballo, C.A. (2013). «*Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y trabajadoras (LOTTT) y su Reglamento Parcial Sobre el Tiempo del Trabajo*». Colección Textos Legislativos N° 54. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

Centro de Documentación y Análisis de los Trabajadores [CENDA]. (2021). «*Resumen Ejecutivo, Canasta Alimentaria para los Trabajadores*». Recuperado de: <https://bit.ly/3pQ4ZWF>

Comisión Nacional de los Derechos Humanos [CNDH]. (2016). «*Salario Mínimo y Derechos Humanos*». CNDH. Recuperado de: <https://bit.ly/3IVrpxf>

⁷⁶ Ibíd. Pág. 4.



Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (2000, 24 de marzo). «Asamblea Nacional Constituyente». Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5453.

Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo. «Décimo punto de la orden del día (341a reunión del 10 de marzo 2021 (Ginebra, Suiza) Respuesta del gobierno de la República Bolivariana de Venezuela al informe de la comisión de encuesta, para examinar la queja sobre incumplimiento de convenios». Ginebra: OIT, 2021. 56p. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—relconf/documents/meetingdocument/wcms_773046.pdf

Coronado, J. A. (2017). «El Discurso Tripartito y el Salario Mínimo: dimensiones perceptivas durante la gestión del presidente Nicolás Maduro. 2013-2017 [Trabajo de grado, Univesidad Católica Andrés Bello]». Repositorio Institucional UCAB. Recuperado de: <https://bit.ly/3tBZXOK>

Cruz Roja Colombiana, seccional Cundinamarca y Bogotá; Ramos Camero, G; Gutiérrez Robayo, M; Valderrama Silvia, M. (2018). «Informe de de Investigación Situación de la Migración Procedente de Venezuela», Cruz Roja Colombiana. Recuperado de: <https://bit.ly/3sTWf3S>

De Sousa, E., & Méndez, C. (2018). «Evolución de las Condiciones de Trabajo del Sector Residencial luego del Decreto del Salario Mínimo [Proyecto de grado, Universidad Católica Andrés Bello].» Repositorio Institucional UCAB. Recuperado de: <https://bit.ly/3sRSSKP>

Gindling, T. H. (2018). ¿El Aumento del Salario Mínimo Reduce la Pobreza en los Países en Desarrollo? En «IZA Word of Labor», 2(30). Recuperado de: <https://bit.ly/3tFfgpS>

Gurvitch, G. (1946). «La Déclaration des Droits Sociaux». Paris, France. Pág. 174.

Hernández Argüello, S. (2018). «Una Breve Aproximación Histórica al Análisis del Salario Mínimo y sus Efectos en el Mercado de Trabajo [Trabajo de grado, Universidad de Cantabria, España]». Repositorio Institucional. Recuperado de: <https://bit.ly/378XKCN>

Mirabal Rendón, I. (2017). La Negociación Colectiva en Venezuela bajo una Profunda Crisis Normativa y Jurisprudencial. En «Revista Gaceta Laboral de la Universidad del Zulia», 23(7), 49-73. Recuperado de: <https://bit.ly/35Aam5L>

Miranda, J. A. (2018). «Efecto del Salario Mínimo en Remuneraciones y Empleo» [Trabajo de Maestría, Universidad de Chile]. Repositorio Institucional. Recuperado de: <https://bit.ly/3pR65S5>

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1948, 10 de diciembre). «Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 217 A (III)». Recuperado de: <https://bit.ly/3vL7RYS>



Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1928). (1945, 1 de enero). «*Sobre los Métodos para la Fijación del Salario Mínimo*». Gaceta Oficial Extraordinaria n 118. <https://bit.ly/3MA5i0p>

Pérez, A. E. (1983). «*Los Derechos Fundamentales. Temas Claves de la Constitución española*». Madrid, España.

PH9.com.ve «¿Mano de Obra Barata? La realidad del salario en Venezuela», consultado el 18 de septiembre de 2021, disponible en: <https://ph9.com.ve/mundo-del-trabajo/salario-venezuela-2021-2/>

Presidencia de la República. Decreto con Valor y Fuerza de Ley. (2012, 7 de mayo). Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6076.

Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea). (2021).

Derechos Laborales. (2020). Situación de los Derechos Humanos en Venezuela informe 2020. 41 p. Recuperado de: <https://provea.org/wp-content/uploads/securepdfs/2021/04/07laborales-2.pdf>

Pró-Rísquez, J. C. (2018). «El Pago del Salario en Divisas, y otras Opciones Económicas de Retención en Venezuela». En *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*(10), 612-647.»

VTV. Venezuela es el único país que aumenta el salario en medio de la pandemia consultado el 19 de septiembre de 2021, disponible en: <https://www.vtv.gob.ve/francisco-torrealba-salario-minimo-covid19/>

OPINIÓN CONSULTIVA OC-28/21 DE 7 DE JUNIO DE 2021 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: «LA FIGURA DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA EN SISTEMAS PRESIDENCIALES EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANO»

Angello Javier Peña Barrios⁷⁷

Fecha de Recepción: 10 de octubre de 2022

Fecha de Aceptación: 15 de noviembre de 2022

1. CONTEXTO SOBRE LOS LÍMITES A LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN AMÉRICA LATINA

América Latina es una de las regiones más afectadas por el fenómeno de la «erosión democrática», cuya debilidad institucional ha llevado a que múltiples gobiernos maniobren para evadir los controles internos y externos del poder, generalmente establecidos formalmente en las constituciones nacionales. En esas maniobras se conduce a que determinados métodos pensados para racionalizar el poder, como los límites a la reelección presidencial, se supriman y se agrave el hiperpresidencialismo que ha sido -en gran parte- uno de los problemas que acompañó los regímenes autoritarios y violaciones de derechos humanos que se produjeron en la región en el siglo XX.

En lo que va del siglo XXI, a pesar del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y la importante expansión de Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos que trajeron consigo avances como la configuración de cartas de derechos generosas, protección de grupos vulnerables como los indígenas y el reconocimiento de que tener un medio ambiente sano es esencial para las generaciones actuales y futuras, sin embargo, se han producido serios retrocesos en materia de institucionalidad democrática.

Estados como Venezuela, Nicaragua, Ecuador, Bolivia, Honduras y El Salvador llevaron a cabo procesos en las instituciones para reducir o -en el peor de los casos- eliminar los límites de la reelección presidencial, que fueron exitosos en su objetivo. Uno de los mecanismos más utilizados para lograrlo, ha sido a través del cambio constitucional, mediante enmiendas o reformas constitucionales, como sucedió en 2009 en Venezuela, 2014 en Nicaragua y 2015 en Ecuador⁷⁸.

⁷⁷ Abogado *Summa Cum Laude*. Magíster Scientiae en Ciencias Políticas (ULA)-Venezuela. Correo electrónico: angellojavierpb@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2381-0324>.



Otro de los mecanismos empleados para burlar los límites al poder de reelección presidencial, ha sido el método de la interpretación constitucional de las Cortes Constitucionales, como sucedió en 2017 en Bolivia, 2015 en Honduras y 2021 en El Salvador. El caso de Bolivia es muy interesante, pues el Tribunal Constitucional interpretó que la reelección indefinida presidencial es un «derecho humano» autónomo, basándose en su propia interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y promover así la reelección del entonces Presidente Evo Morales. Con las reformas e interpretaciones constitucionales se evadieron los límites de la reelección presidencial, en varios casos incluso permitiéndose la reelección indefinida.

En otros supuestos como el de Colombia en 2009 en que se pretendió suprimir el límite de la reelección presidencial mediante la vía de la reforma constitucional, no tuvieron éxito, en cuyo caso la Corte Constitucional determinó que la reforma constitucional con ese contenido -materialmente- no es compatible con los derechos, principios y valores plasmados en la Carta Constitucional.

Ante la diversidad de criterios existentes respecto a la reelección presidencial y sus límites en la región latinoamericana, especialmente en el caso extremo de la reelección presidencial indefinida, Iván Duque en 2019 en su condición de Presidente de Colombia, solicita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una consulta sobre: ¿Es la reelección presidencial indefinida un derecho humano protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos? y ¿Es la reelección presidencial indefinida compatible con la existencia de la democracia representativa en el sistema interamericano de protección de derechos humanos?

Bajo ese contexto, resulta más que pertinente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos interprete si existe un «derecho humano» a la reelección presidencial bajo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y si hay una compatibilidad entre ellos.

2_. INTERPRETACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL INDEFINIDA

La Opinión Consultiva OC-28/21 del 7 de junio de 2021 responde estas dos preguntas planteadas bajo los límites del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la reelección presidencial indefinida en un sistema presidencial, esto es, no en general a la figura de la reelección presidencial y otros tipos de sistemas de gobierno.

Con 5 votos a favor y 2 en contra la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpreta en su opinión que:

1) *La reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni por el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos.*

⁷⁸ En el caso de Ecuador, no obstante, en el año 2018, se realizó un referendo para consultar al pueblo sobre este asunto y los ecuatorianos se opusieron a esa figura. En cumplimiento del mandato popular, la Constitución fue reformada para autorizar la reelección solo por una vez, tal como estaba establecido en el texto original de la Constitución de 2008.



La Corte Interamericana de Derechos Humanos analiza los múltiples tratados internacionales de derechos humanos que componen tanto el Sistema Universal como Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, incluyendo a los sistemas Europeo y Africano de Derechos Humanos, en el cual destaca que ningún tratado internacional hace referencia expresa a la reelección presidencial indefinida como un derecho humano autónomo. El derecho internacional de los derechos humanos es muy relevante para el derecho constitucional, pues «existe una dependencia entre el derecho constitucional e internacional» (Peña, 2021, p. 435). Ahora bien, lo que sí hace el derecho internacional de los derechos humanos a través de tratados como la Convención Americana, la Carta Africana, el Convenio Europeo y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, es reconocer de forma expresa el derecho a votar y ser elegido.

Por otro lado, conforme con el derecho internacional consuetudinario regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina que la mayoría de Estados miembros de la Organización de Estados Americanos imponen restricciones a la reelección presidencial y sólo cuatro Estados permiten la reelección presidencial indefinida, es decir, carente de limitaciones en cuanto a cantidad y frecuencia. Actualmente, tales Estados son Venezuela, Nicaragua, Honduras y Bolivia.

No existe en la región una práctica jurídica y común que justifique un «derecho humano» a la reelección presidencial indefinida. Por el contrario, los Estados asumen como una obligación que el poder debe alternarse como rasgo de una democracia representativa, de allí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos descarte también en el plano del derecho consuetudinario la figura de la reelección presidencial como un derecho humano autónomo. Inclusive, el descarte también se hace desde el punto de vista de los principios generales del derecho, lo cual es añadido en la argumentación de este tribunal internacional de derechos humanos.

2) La prohibición de la reelección indefinida es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Carta Democrática Interamericana.

Los derechos humanos admiten restricciones justificadas, es decir, límites razonables basados en determinados parámetros y estándares para asegurar fines como la seguridad pública, el bien común y hasta otros derechos humanos. La prohibición de reelección presidencial indefinida tiene como objeto según la Corte Interamericana de Derechos Humanos «evitar que una persona se perpetúe en el poder, y, de este modo, asegurar el pluralismo político, la alternancia en el poder, así como proteger el sistema de frenos y contrapesos que garantizan la separación de poderes». Por ser la democracia representativa un principio sobre el cual se funda el Sistema Interamericano, las medidas para su garantía encuentran respaldo en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la evaluación de la restricción del derecho a ser elegido en el escenario de la prohibición de la reelección presidencial indefinida, se considera en primer lugar que, tomando en cuenta la concentración de poderes que tradicionalmente tiene la figura del Presidente en el sistema presidencial, dicha restricción constituye



una «medida idónea» con su fin de asegurar que una persona no se perpetúe en el poder y afecte la democracia representativa.

En segundo lugar, se considera que la restricción es «necesaria» por cuanto no se encuentran otras medidas igual de idóneas para asegurar que una persona no se perpetúe en el poder y no resulten afectadas la separación de poderes, la pluralidad de partidos políticos y la alternancia en el poder.

Por último, se considera que la restricción es «estrictamente proporcional» ya que la prohibición de reelección presidencial indefinida sólo restringe la posibilidad de la persona que se encuentra ejerciendo el cargo presidencial. De allí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos establezca que el sacrificio que implica esa restricción es menor, y se justifica en comparación a perpetuarse en el poder y degradar la democracia representativa.

Tal prohibición no afecta el derecho de los electores a elegir a la persona afín a sus preferencias, sino únicamente a quien se encuentra en el cargo de Presidente y pretende reelegirse por más de dos periodos. Por consiguiente, desde el punto de vista de los costos-beneficios son mucho mayores los beneficios que implica prohibir la reelección presidencial indefinida para la democracia representativa y los derechos humanos.

3) La habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La presencia como Presidente de una misma persona en forma reiterada trae efectos que son perjudiciales para la democracia representativa, especialmente para las minorías que -en no pocas oportunidades- son atropelladas por las mayorías hegemónicas. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que la permanencia en funciones de una misma persona en el cargo de la Presidencia de forma ilimitada, propicia el menoscabo de los derechos políticos de los grupos minoritarios y «minan el régimen plural de partidos y organizaciones políticas».

Bajo esa idea, es necesario que los Estados establezcan límites claros al ejercicio del poder, ya que esto permite la posibilidad de que diversas fuerzas políticas puedan acceder al mismo y los ciudadanos sean debidamente representados. Por otro lado, un aspecto interesante que se destaca es la sugerencia de que «los límites para la reelección presidencial indefinida no deberían ser susceptible de ser decidida por mayorías ni sus representantes para su propio beneficio». Es decir, los límites para la reelección presidencial indefinida deben estar en la «esfera de indecible» que célebremente señala el pensamiento del filósofo italiano del derecho Luigi Ferrajoli.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se refiere al fenómeno de la erosión democrática, señalando que «el mayor peligro actual para las democracias de la región no es un rompimiento abrupto del orden constitucional, sino una erosión paulatina de las salvaguardas democráticas que

pueden conducir a un régimen autoritario, incluso si este es electo mediante elecciones populares». Una «salvaguarda» democrática es precisamente la configuración institucional de los límites a la reelección presidencial indefinida y, por el contrario, un ajuste de regresión democrática es habilitar la reelección presidencial indefinida. Por ello, la reelección presidencial indefinida es contraria a las obligaciones establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.



3_. UN AJUSTE DE DERECHO CONVENCIONAL ANTE LA EROSIÓN DEMOCRÁTICA LATINOAMERICANA

La «derrota del derecho» en América Latina, como señala Gargarella, se debe en parte al fenómeno de la erosión democrática en que se utiliza el poder para desarticular el sistema institucional de controles y perforar las barreras democráticas de forma sutil, inclusive apoyados en la legalidad (Gargarella, 2020, pág. 57).

En contraste, la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sienta un precedente relevante ante el escenario de la reelección presidencial indefinida en la región latinoamericana y la necesidad de reforzar el control del poder para proteger los derechos humanos, ya que democracia, derechos humanos y estado derecho están interrelacionados. No se pueden proteger los derechos sin un aparato institucional comprometido con tal fin; derechos y poder deben ir por un mismo camino, de lo contrario, el poder puede ser el peor enemigo para la salvaguarda de los derechos.

El diseño institucional de la prohibición de la reelección presidencial indefinida no garantiza *per se* que se eviten los riesgos de un régimen autoritario y violaciones a los derechos humanos, sin embargo, la inexistencia de límites maximiza tales riesgos, especialmente en la experiencia latinoamericana.

Ahora bien, será interesante observar cómo aquellos Estados que se someten a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lograron evadir la prohibición de reelección presidencial indefinida en el derecho interno, armonizan su derecho con la interpretación señalada, especialmente, para aquellos casos en que se suscitaron reformas constitucionales populistas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos como «intérprete última de la Convención Americana» (Opinión Consultiva OC-20/09, párr.18 y Opinión Consultiva OC-26/20, párr. 25) dirime las desacertadas interpretaciones de Tribunales Constitucionales de la región que señalaron como un «derecho humano» la reelección presidencial y promovieron consecuencias perjudiciales para la institucionalidad democrática.

En fin, el concepto de «derecho humano» no debería aplicarse a cualquier asunto que estime un gobernante con ánimos de perpetuarse en el poder, por el contrario, requiere una serie de argumentaciones para tratar un tópico desde ese enfoque, basado en la dignidad del ser humano y considerando otros conceptos como democracia y estado de derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS



Carballo, C.A. (2013). *«Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y trabajadoras (LOTTT) y su Reglamento Parcial Sobre el Tiempo del Trabajo.»* Colección Textos Legislativos N° 54. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

Centro de Documentación y Análisis de los Trabajadores [CENDA]. (2021). *«Resumen Ejecutivo, Canasta Alimentaria para los Trabajadores»*. Disponible en: <https://bit.ly/3pQ4ZWF>

Comisión Nacional de los Derechos Humanos [CNDH]. (2016). *«Salario Mínimo y Derechos Humanos.»* CNDH. <https://bit.ly/3IVrpxf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021 solicitada por la República de Colombia. «La Figura de la Reelección Presidencial Indefinida en Sistemas Presidenciales en el Contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos»*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *«Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos»*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_20_esp1.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *«Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020. La denuncia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos»*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_26_esp.pdf

Gargarella, Roberto. (2020). *«La derrota del derecho en América Latina»*. Siete tesis. Siglo XXI Editores, Argentina.

Peña Barrios, A. J. (2021). Constitucionalismo global y derechos humanos. *«Anuario de Derechos Humanos»*, 17(2), 427-447.

ROBLES VÁSQUEZ, J.-TOVAR SILVA, Y. G. (2016) «TEORÍA JURÍDICA CRÍTICA NORTEAMERICANA: UNA INTRODUCCIÓN A LOS CRITICAL LEGAL STUDIES» SERIES ESTUDIOS JURÍDICOS N° 300. UNAM. MÉXICO D.F., VENEZUELA. PÁGS. 201

Jean-Denis Rosales Gutiérrez⁷⁹

Fecha de Recepción: 20 de noviembre de 2022

Fecha de Aceptación: 28 de diciembre de 2022

El presente estudio monográfico elaborado por **Jorge Robles Vázquez** e **Yvonne Georgina Tovar Silva** es una formidable obra de valor jurídico, que debe ser estudiada por todos los aspirantes a Abogado, incluso por aquellos aspirantes a obtener su título de Post-Grado.

Es preciso señalar, que una de las críticas a los *Critical Legal Studies* (en adelante CLS), es que siendo uno de los enemigos de la jerarquía no son accesibles para toda la academia; pareciera que como respuesta a esta crítica, los autores de este libro contribuyen a que los lectores puedan adentrarse en otra óptica de concebir el derecho, donde se deja claro que éste no tiene autonomía respecto a los intereses políticos. De ahí su gran interés e importancia, a la par de que son pocos los materiales de este movimiento contemporáneo del derecho que están traducidos al español.

La gran capacidad intelectual de los autores los llevó a estudiar en esta obra los antecedentes de los CLS, la crítica a la educación jurídica, la indeterminación del derecho y la decisión judicial, junto con dos teorías críticas que surgen del movimiento, y que se separan de éste, porque no responden a sus críticas: la teoría crítica feminista y la teoría crítica de raza.

Ya Pérez Lledó señaló que los CLS —como corriente político académica— son una plataforma para la izquierda de las facultades de derecho norteamericanas, razón que explica la cohesión de un movimiento intelectualmente tan heterogéneo⁸⁰, y desde esta perspectiva es analizado por los autores en el primer capítulo.

⁷⁸ Abogado Egresado de la Universidad de Los Andes (ULA). Mención *Cum Laude*: (2004). Segundo de la Promoción. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo I y II (ULA). Especialista en Derecho Tributario (ENAHPI-IUT). Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Profesor en la Especialización de Derecho Administrativo y Derecho Tributario (ULA). Doctor en Ciencias Jurídicas (LUZ). **Coordinador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM).** Correo Electrónico: jeanrosales1984@gmail.com. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-1744-3281>.



Los autores sitúan de relieve en la crítica de la educación jurídica las características y las críticas de ésta en el contexto de los CLS. El propio Duncan Kennedy realiza una crítica mordaz a las facultades norteamericanas de derecho, al afirmar que éstas contribuyen a un «entrenamiento ideológico para servir voluntariamente a la jerarquía del Estado de bienestar empresarial»⁸¹.

Los aspectos a los que se refieren los autores resultan especialmente atractivos en la medida en que son perfectamente extrapolables a la situación de las facultades de derecho mexicanas; de ahí que su estudio pueda traducirse en una invitación para que los académicos y los estudiantes visualicen las formas de jerarquía que se reproducen en sus facultades, y con ello, la posibilidad de cuestionarlas y de construir estas formas de verticalidad en la propia enseñanza del derecho. Además de ello, como apunta Kennedy, «la negación de la jerarquía es falsa conciencia. El problema no es si la jerarquía está ahí, sino cómo se interpreta y cuáles son sus consecuencias para la acción política»⁸².

Otro de los puntos relevantes de la obra es el análisis de la decisión judicial en la perspectiva de los CLS, en el que los autores examinan la incidencia de la ideología como factor adicional en la decisión del juzgador, principalmente desde las posiciones del profesor Duncan Kennedy. Incluso, cuando los autores señalan en los efectos de las sentencias que «éstas no sólo se limitan a resolver una controversia presente de las partes, sino que incluso inciden significativamente en la definición de la lucha ideológica de las fuerzas sociales»⁸³, llegan a mi memoria las acciones de inconstitucionalidad 146/2007, y su acumulada 147/2007, del 28 de agosto de 2008, y la 11/2009 y 62/2009, ambas del 28 de septiembre de 2011⁸⁴, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la interrupción del embarazo (que son un ejemplo de situaciones legales similares y que fueron objeto de decisiones distintas).

⁸⁰ Pérez Lledó, J. A. Critical Legal Studies y el comunitarismo, p. 138, disponible en <http://es.scribd.com/doc/179164461/Critical-Legal-Studies-y-el-comunitarismo-Perez-Lledo-pdf>

⁸¹ Kennedy, Duncan, «La educación legal como preparación para la jerarquía», p. 117, disponible en <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/La%20educacion%20legal%20como%20preparacion%20para%20la%20jerarquia-Academia.pdf>.

⁸² *Ibidem*, Pág. 147.

⁸³ Véase capítulo tercero, «La decisión judicial en la perspectiva de los estudios críticos del derecho». Pág. 58.

⁸⁴ Las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 fueron promovidas por José Luis Soberanes Fernández, presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y Eduardo Medina Mora Icaza, procurador general de la República; ambos solicitaron la invalidez de la reforma de diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal, porque despenalizan la interrupción del embarazo en el Distrito Federal durante las doce semanas del embarazo; en las acciones se resolvió la constitucionalidad de la reforma de los artículos del Código Penal para el Distrito Federal. La acción de inconstitucionalidad 11/2009 fue promovida por la Procuraduría de los Derechos Humanos y de Protección Ciudadana del Estado de Baja California, respecto a la reforma de la Constitución Política de su entidad; esta acción no consiguió los ocho votos necesarios del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), y fue desestimada. Lo mismo sucedió con la acción de inconstitucionalidad 69/2009 promovida por diputados(as) del Congreso del Estado de San Luis Potosí, que tampoco alcanzó los ocho votos. En ambas acciones sólo siete ministros de la SCJN consideraron que las reformas a la protección de la vida en gestación en los estados de Baja California y San Luis Potosí eran inconstitucionales, por tanto, la SCN no declaró la invalidez de estas normas.



Sin embargo, no se debe olvidar que los críticos no renuncian a la justificación de la decisión judicial, en la cual se atienden a las normas y principios jurídicos. Igualmente, Duncan Kennedy considera que la argumentación jurídica recae en el juzgador; a tal efecto, los autores revisan el tema de la argumentación jurídica; no obstante, incluyen otro elemento de análisis: las estrategias jurídicas, con objeto de evidenciar que las decisiones judiciales no son tan neutrales, y que además sirven para convencer al público de esa apariencia de legalidad. Frente a ello, plantean la necesidad de mecanismos y criterios de corrección que eviten la utilización del derecho.

En el último capítulo, los autores ilustran cómo los CLS han tenido una influencia en dos teorías que se originan a finales de los ochenta: la teoría jurídica feminista y la teoría jurídica de raza.

En este aspecto, la crítica a los CLS es de sobra conocida; se trata de un grupo a través del cual se privilegian los valores y concepciones masculinas, y particularmente blancas, a la vez que reproduce incluso en sus prácticas internas, patrones patriarcales y excluyentes. Debido a ello, muchas de las académicas y académicos que originalmente tuvieron un acercamiento con esta corriente, esperanzados por encontrar un ambiente mucho menos estructurado y jerarquizado que la academia tradicional, con fuentes mucho más cercanas al estudio de problemas propios, fueron alejándose lentamente para buscar sus propios caminos.

En la exposición de la teoría feminista se desprenden ideas de Mac Kinnon, al exponer elementos de la teoría de la dominación patriarcal; al tiempo de una crítica a la utilización de la igualdad formal como una respuesta, en tanto no se cuestionan las estructuras materiales. No está de más señalar que existe un grupo de feministas críticas «para quienes las herramientas analíticas de los CLS son mucho más importantes que el sexismo de sus miembros y, en consecuencia, han entendido que su labor consiste en desarrollar la crítica feminista a partir de esas herramientas y no en contra de ellas»⁸⁵. Al igual que la teoría crítica feminista tilda a los CLS por excluir los temas feministas, lo efectúa la teoría crítica de raza, por no tomar en cuenta la situación de las minorías afroamericanas; sin embargo, ambas teorías utilizaron las herramientas teóricas y metodológicas que los CLS habían comenzado a incluir en sus análisis en contra de visiones tradicionales sobre el derecho.

Respecto a los puntos que abarcarían los estudios de género enfocados al derecho, los autores señalan cuatro: la revisión de las instituciones jurídicas, una relectura de los textos jurídicos, la crítica al discurso a la igualdad de género y generar una teoría jurídica con un enfoque de género. De estos cuatro temas, desde un punto de vista objetivo, se desprenden los retos, la reproducción de formas de dominación y las limitaciones del derecho. Cierran esta primera parte con la propuesta de incorporar como un curso monográfico en el décimo semestre de género y derecho, en la Facultad de Derecho de la UNAM.

⁸⁵ **García Villegas, Mauricio, et al.** (2005) «Estudio preliminar. Introducción», en *Crítica jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, trad. de Magdalena Holguin. Universidad de los Andes. Ediciones Uniandes. Bogotá, Colombia. Pág. 45.



Después del estudio de la teoría crítica feminista por los autores, en la parte final de su investigación presentan un panorama general de los antecedentes, la vinculación de los Estudios Críticos de Raza con los CLS, junto con los temas que aborda esta teoría. Una de las cuestiones que cabe señalar es la relativa a los dos intereses compartidos por los críticos raciales: indagar cómo el régimen de supremacía blanca se instala y se mantiene en los Estados Unidos y cuál es el rol de los conceptos jurídicos, como el Estado de derecho y la igualdad en el mantenimiento de este régimen de dominación social, a la par de modificar la relación de subordinación y las normas jurídicas que la soportan⁸⁶. Por último, mencionan a la corriente derivada de esta teoría: los *LatCrit*, esto es posible, porque se «concibe la raza como una experiencia de opresión, como una historia de exclusiones sistemáticas de los privilegios de la ciudadanía, entonces, en ese caso, los/las latinos/ as deben ser considerados (as) como una raza»⁸⁷.

El resultado del esfuerzo de los autores del libro en comento es muy valioso para los lectores, a la vez de alentador, porque es un repaso de los CLS, hecho de forma rigurosa, como se pondrá de manifiesto en las páginas siguientes. Por tanto, es importante acercarse a una visión crítica del derecho, principalmente, porque las visiones tradicionales se esfuerzan por perfeccionar el sistema, donde en ocasiones el problema es el sistema, no sus imperfecciones. Por ello, las visiones críticas que se estudian aquí son necesarias en un país como el nuestro, con procesos de reestructuración tan amplios.

⁸⁶ *Ibidem*, Pág. 25.

⁸⁷ *Ibidem*, Pág. 34.

*Esta versión electrónica de la
Revista Rechtsstaat Estado de Derecho
Año 4 ° N°8 (2022) se editó cumpliendo con los
criterios y lineamientos establecidos para
producción digital en el año 2022.*

Rechtsstaat Estado de Derecho



Revista Rechtsstaat Estado de Derecho

Publicación del Grupo de Investigación Robert Von Mohl (Girovom)

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (FACIJUP)

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (ULA)

Mérida, Venezuela



ula
Derecho



ula
Girovom
Grupo de Investigación
Robert Von Mohl

Rechtsstaat Estado de Derecho

Año 4 ° N°8 (julio-diciembre 2022)



ula
Derecho

Presentación al Octavo Número de la Revista
Profesor Abdón E. Sánchez Noguera

ARTÍCULOS ORIGINALES

Principios del estado de derecho: (una pincelada histórica)
Rule of law principles: (a historical brushstroke)?
Allan R. Brewer-Carías

Sobre la forma en el derecho administrativo
About the form in the administrative law
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

El control judicial y las nuevas tendencias procesales en la provincia de Corrientes, Argentina: principales innovaciones
Judicial control and new procedural trends in the province of Corrientes, Argentina: main innovations
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Niños, niñas y adolescentes migrantes sin registro de nacimiento en la frontera: Guajira - Maicao
Right to identity of children and teenagers on the Colombian -Venezuelan border: Guajira - Maicao
Suhail Echeto y Innes Faría Villareal

Líneas de investigación derivadas del ante-proyecto de ley de convivencia escolar pacífica. Compromisos, posibilidades y desafíos de las comunidades científicas venezolanas frente al acoso escolar
Research lines derived from the draft law for peaceful school coexistence. Commitments, possibilities and challenges of the Venezuelan scientific communities in the face of bullying
Jesús Morales Carrero

SEMILLERO ACADÉMICO

El salario mínimo como derecho humano fundamental en Venezuela
The minimum wage as a human right fundamental in Venezuela
Gerardo José Zambrano Mesa

ADDEMDUM JURISPRUDENCIAL

Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "La Figura de la Reelección Presidencial Indefinida en Sistemas Presidenciales en el Contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos"
Angello Javier Peña Barrios

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Robles Vásquez, J.-Tovar Silva, Y. G. (2016) "Teoría Jurídica Crítica Norteamericana: Una Introducción a los Critical Legal Studies" Series Estudios Jurídicos N° 300. UNAM. México D.F., Venezuela. Págs. 201.
Jean-Denis Rosales Gutiérrez



ula
Girovom
Grupo de Investigación
Robert Von Möhl