

DERECHO PENAL

DE ESPALDA A LA REALIDAD

“El hombre se está acostumbrando a aceptar pasivamente una constante intrusión sensorial. Y esta actitud pasiva termina siendo una servidumbre mental, una verdadera esclavitud.”

Ernesto Sábato.

ABOG. SORAYA PÉREZ RIOS.

Jueza Titular de Primera Instancia Penal de la
República Bolivariana de Venezuela.

Profesora de Postgrado para la Universidades: Universidad de Carabobo.
UC. Universidad Bicentenario de Aragua. UBA. Universidad Rómulo Gallegos. UNERG. Universidad Católica Andrés Bello. UCAB. Universidad Santa María. USM. Universidad Nacional Experimental de las Fuerzas Armadas. UNEFA.

RESUMEN

Se revisa críticamente la sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, N° 972, de fecha 09-05-06, con la finalidad de proponer una nueva mirada jurídica que está inmersa en la corriente del pensamiento complejo respecto al tema de las mujeres como sujetas de derechos, para brindar impulso a la necesaria cultura del debate de las ideas y del pensamiento, asunto que aproxima lo judicial traspasando las barreras de lo jurídico. El objetivo general consiste en cómo manejar los siete saberes necesarios que propone Edgar Morin, vinculándolos con el tema de administrar justicia han de caminar hacia una transformación de saberes que ha de traducirse e interconectarlos con lo que sucede cotidianamente. También toca de cerca la conformación de un Poder Judicial separado, clasista, opresor, genitalizante y sexista. Se trata de poder decidir entre el uso cognitivo y responsable del saber y los prejuicios.

Palabras Claves: Derecho, Justicia, Género, Discriminación.

ABSTRACT

It critically reviews the judgement of the Constitutional Chamber of the TSJ, No. 972, dated 09-05-06, with the aim of proposing a new legal gaze is immersed in the flow of complex thought on the subject of women as subject of rights, to provide the necessary impetus to the culture debate of ideas and thought, which approximates the court case transferred to the legal barriers. The overall goal is how to manage knowledge needed seven proposed Edgar Morin, linking with the theme of dispensing justice must move towards a transformation of knowledge to be translated and interconnects with what happens every day. It also touches closely the formation of a separate judiciary, classist, oppressor and sexist. It is able to decide between the cognitive and responsible use of knowledge and prejudices.

Key Words: Law, Justice, Gender Discrimination.

DE ESPALDA A LA REALIDAD

“No hablaríamos de justicia (diké) si no existiera la injusticia”.

(Heráclito de Éfeso, Fragmentos)

Sobre la base entendida que, de aquí, en adelante, el término “mujer” alude a una carga conceptual de infinita trascendencia que debe ser entendida como “sujeta de derechos” y no objeto de nadie, resulta pertinente escribir que no existiría este ensayo si la historia, específicamente la historia judicial de reciente data emanada del Tribunal Supremo de Justicia se hubiese escrito diferente.

Es una opción empezar por el principio, así respecto al principio de la historia habrá que escribir que el recorrido de los debates teóricos propios del Derecho han estado tocados por los diferentes climas que han circundado a los autores, a sus autores.

El asunto: la cultura - o no- que se detenta ha sido el rasgo asociado al uso de los vocablos. Es así como algo tan básico, en el recorrido estudiado puede tener significados diferentes: Derecho, Justicia, Administración de Justicia Justa, entre otros.

Todos los escenarios están ligados íntimamente al asunto del lenguaje: Género es una buena expresión de ello.

Clarificar ideas no es tarea fácil, sobre todo si se toma en cuenta que los rigores de la academia raras veces permiten ser permeados por esa cultura: la cultura del respeto, de la interpretación equitativa, de la sintonía con epistemes emergentes, con la igualdad material y no formal. En fin, la historia está llena de formas.

Con este esfuerzo no se pretende resolver el asunto teórico, ni zanjar los debates que están anclados en diferentes perspectivas, lo que se procura es asumir una postura crítica que llame a la reflexión, a una decidida reflexión, diferente reflexión, para brindar de algún modo impulso a la necesaria cultura del debate de las ideas, debate también del pensamiento que es un asunto urgente porque ha sido urgente siempre.

No es casual que finalmente lo que cabe es formularse buenas preguntas... después de todo es lo que cada ser humano puede hacer a favor de sí mismo.

SERVIDA LA MESA

“Una cierta ecología de la cognición sería el clima en que se produce hoy el pensamiento más prometedor.”

Rigoberto Lanz

Indica Rigoberto Lanz que “...se requiere sensibilidad intelectual para transitar el pensamiento complejo...” (2004), p. 4), como perspectiva, en estos tiempos de cambios—justo y más, en estos tiempos—, para comprender los procesos de aprendizaje. Sin duda: No se puede comprender lo que no se conoce. No se respeta lo que no se conoce. No se quiere lo que no se comprende.

La simplificación de casi todo es lo que nos tiene dejando de atender lo esencial, lo cotidiano, lo auténticamente “democrático”. Estamos enfrentadas(os) desde hace mucho tiempo, a una maquinaria especialista denominada “banalización intelectual” (Ib Ibidem) que hace prisioneros, por desgracia, también -según criterio de quién esto escribe-, a los hacedores de justicia y también de la máxima justicia. Burbujas de cristal no sirven para orientar el asunto de todo los días, ese que golpea todos los días, que se conoce todos los días, que se sabe desde todos los días: La violencia, pero no cualquier violencia, sino puntualmente la violencia contra las mujeres.

Lo cierto es que, en la mesa en cuestión no se puede augurar el mejor de los provechos, debe decirse, con rigor, que no se trata de un banquete. Sólo el optimismo irremediable que sostiene esta doctoranda, con lo que hace todos los días puede ser capaz de sobrevivir al desconocimiento de los “capitanes de la mesa”.

Y es que han servido en la mesa la sentencia No. 972 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, de fecha 9 de mayo de 2006, con ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz.

EL RECORRIDO POR LA MESA

“...un nuevo paradigma debe apuntar, de manera plural y democrática, hacia la alfabetización generalizada, promover la apertura y la participación en el proceso de construcción de los nuevos retos cognitivos.”

Senaida Jansen

Un paseo somero es lo menos que hay que hacer para precisar cada uno de los platos. Así:

El 26 de agosto de 2003, hace más de 2 años y 9 meses el Fiscal General de República Bolivariana de Venezuela demandó la nulidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), de un articulado de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia que había sido sancionada el 19 de agosto de 1998 publicada en Gaceta Oficial No. 36.531 del 3 de septiembre del mismo año y posteriormente reimpresa en la gaceta Oficial No. 36.576 del 6 de noviembre de 1998.

El 8 de octubre de 2003 el Instituto Nacional de la Mujer solicitó ante la Sala Constitucional del TSJ la declaratoria de inadmisibilidad.

El 16 de octubre de 2003 ciudadanas militantes de distintas organizaciones del movimiento de mujeres venezolano introdujo escrito de solicitud de improcedencia de la demanda de nulidad incoada por el Fiscal general de la República.

El 30 de octubre de 2003 quien funge como profesora de este seminario doctoral, Dra. Elida Aponte Sánchez, en su condición de Coordinadora General de la Red Venezolana sobre Violencia contra la Mujer (REVIMU) presentó escrito requiriendo la declaratoria de improcedencia de la pretensión de nulidad fiscal.

El 17 de febrero de 2004 la Fiscala Tercera ante el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, Sala Constitucional y Sala Político-Administrativa ratificó la petición de nulidad. Por cierto en el texto de la sentencia aludida no se menciona sino Fiscal, para referirse a la mujer Fiscala del Ministerio Público.

Luego de algunos incidentes de interés mecánico jurídico que no se mencionan en el presente, el 23 de septiembre de 2004 la parte actora requirió pronunciamiento a la Sala.

El 19 de julio de 2005 fueron consignadas 5.000 firmas de ciudadanas y ciudadanos venezolanos ratificando la importancia de mantener la vigencia del artículo 39 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia.

El 4 de noviembre de 2004, 24 de mayo de 2005, 19 de julio de 2005 y 27 de septiembre de 2005, la representación de la Defensoría del Pueblo petitionó sentencia en el juicio.

LA ENTRADA

“No es igual tener la cabeza llena que bien puesta.”

Edgar Morin

Las razones por las que el Fiscal General de la República solicitó la nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad de los artículos 3, ordinal 4, 32 y 39, ordinales 1, 3 y 5 de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia fueron las siguientes:

1. Que las normas impugnadas violan disposiciones constitucionales relativas a la defensa y al debido proceso puesto que permiten a los órganos administrativos dictar medidas que afectan derechos esenciales **del hombre**, a lo que de inmediato reacciona esta autora evidenciando el uso de un lenguaje sexista excluyente de las mujeres (subrayado propio), sin conceder la oportunidad para alegar y defenderse.
2. Que las medidas cautelares que pueden decretarse con la vigencia de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia prescinden de procedimiento previo, por cuanto no participan o no notifican a la parte supuestamente agresora.
3. Que el procedimiento de gestión conciliatoria no es de obligatorio cumplimiento.
4. Que aún cuando el procedimiento conciliatorio pudiese llevarse a cabo el artículo 39 de la Ley especial prevé la inmediata posibilidad que tiene el órgano receptor de imponer las medidas cautelares que les autoriza dicha ley.
5. Que hay normas que chocan con la vigencia del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), en lo relativo al derecho de defensa, el debido proceso, el derecho al juzgamiento por el juez natural, que permite a órganos administrativos la imposición de una medida restrictiva de libertad y que las denuncias deben realizarse ante el Ministerio Público o ante el Cuerpo de Policía de Investigación.
6. Que las medidas de coerción personal deben ser dictadas por un órgano jurisdiccional y no un órgano administrativo.

EL PLATO FUERTE

“Mientras la especie humana continúa su aventura bajo la amenaza de la autodestrucción, el imperativo es: salvar a la Humanidad realizándola.”

Edgar Morin

Hay alegatos de las partes intervinientes que resultan semejantes y, en algunos aspectos coincidentes, por lo que esta autora, a los fines del presente ensayo resaltará generalizando aquellos, en los cuales hay que detener el “mandibuleo”, sin que signifique dejar de “comer”. Así, para solicitar la inadmisibilidad de la demanda incoada por el Fiscal General de la República lo argumentado fue lo siguiente:

1. Que no es cierto que los artículo 3, ordinal 4, 32, y 39, ordinales 1, 3 y 5 de la Ley in comento violen el artículo 49 de la CRBV indicando que la posibilidad de imponer de inmediato medidas cautelares no se traduce como que deben imponerse sin oír al denunciado como fue criterio recogido por la Sala en sentencia del 6 de julio de 2001.
2. Que la parte recurrente obvia la integralidad y el análisis en conjunto del cuerpo constitucional y estableció una indebida supremacía de algunas normas constitucionales sobre otras no tomando en cuenta el contenido de los artículos 19, 21, 22, 23 y 5 de la CRBV.
3. Que el análisis versó sobre la supuesta vulneración a derechos del agresor, no así a los derechos de la mujer y la familia, lo que puede –como fue-, constituirse en una indeseable impunidad.
4. Que no se viola el derecho al juez natural alegando que el artículo 39 de la ley in comento establece son unas medidas de carácter provisional que han de ser confirmadas o no por el Juez (a) de Control de conformidad con lo previsto en el COPP.
5. Que en cuanto a la violación del derecho a la libertad personal se olvida el denunciante del artículo 21 de la CRBV reafirmado por el 55 del mismo texto, en concordancia con el 7.d de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de junio de 1994.
6. Que las normas aludidas responden a una realidad social, como lo es la violencia contra la mujer, cuestión que, por demás ahondará esta autora en su momento adelantando su total apego a este argumento.

Para solicitar la improcedencia de la demanda de nulidad incoada por el Fiscal General los argumentos fueron los siguientes:

1. Que Venezuela ha ratificado la declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar

y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 'Convención Belén Do Pará'; y como Estado parte de esto está en la obligación de cumplir con la recomendación 19 del comité de seguimiento de este Tratado respecto a la violencia, tratados que se sustentan en que todo tipo de violencia de género implica violación a derechos humanos.

2. Que la garantía contenida en el artículo 21 de la CRBV contentiva de la garantía de protección a grupos que pudieran ser discriminados, marginados o vulnerables, medidas que no son contrarias al derecho a la igualdad, antes por el contrario, pretenden su salvaguarda.
3. Que el derecho a la libertad (artículo 44) del presunto agresor debe analizarse a la luz del contenido del artículo 55 de la CRBV.
4. Que no hay cabida para el alegato de inconstitucionalidad de las medidas cautelares sin audiencia previa puesto que es contradictorio dado que el recurrente acepta que las verdaderas medidas cautelares son aquellas que procuran evitar el acaecimiento de un daño o lesión irreparable, es decir que el éxito radica justamente en la oportunidad de actuación de la autoridad.
5. Que en otros países como Colombia, Costa Rica, Puerto Rico, Guatemala las medidas cautelares son un procedimiento normal y legalmente previsto y que el derecho del presunto agresor se ejerce precisamente en la audiencia conciliatoria.
6. Que el artículo 32 de la Ley *in comento* impugnado señala como órganos receptores de la denuncia a los órganos de policía y el Ministerio Público. Comparte especialmente esta autora y cita textualmente que: "en la práctica bastaría con girar instrucciones mediante una resolución de carácter administrativo, a las prefecturas y jefaturas civiles, indicándoles la obligación de colocar al agresor a la orden de un fiscal competente en la materia dentro de las 24 horas siguientes a la denuncia, para que sea este fiscal quien inicie el procedimiento ante el juez competente".

Los alegatos presentados por la Coordinadora General de REVIMU, Profesora -como ya se apuntó con anterioridad-, Élide Aponte Sánchez, fueron los siguientes:

1. Con respecto a la inconstitucionalidad de que los órganos administrativos dicten medidas cautelares sin previo procedimiento implicando, además violación a la inviolabilidad del hogar y la libertad personal se alegó que se olvidó el

recurrente que son precisamente esos órganos los que son auxiliares a la investigación criminal o penal, a la seguridad ciudadana, y que legalmente están facultados para identificar y aprehender a los autores de los delitos en los casos en ellas especificados.

2. Que el actuar de esos órganos es precisamente por delegación del Ministerio Público.
3. El caso de las mujeres apartadas que viven en zonas rurales y lo difícil que es suponer que tengan frente a una agresión tener que trasladarse hasta la urbe para lograr la intervención del Ministerio Público y la del órgano jurisdiccional (Tribunal de Control) en resguardo para con su vida o su integridad, situación que así expuesta estaría en franca contradicción con los artículos 26 y 55 de la CRBV. Lo que resultó especialmente tomado en consideración por el voto salvado de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchan.
4. Que cuando las mujeres maltratadas buscan protección, lo que buscan es resguardo a sus derechos humanos y los de su familia.
5. Que las medidas previstas en la Ley son de protección anticipada.
6. Que hay elementos para transitar el tema constitucional y procesal penal relativo a la "flagrancia".
7. Coincide con el término inconstitucional de 72 horas y manifiesta su apego a la reducción que opera por mandato constitucional.
8. Indica que mediante Circular N° DFGR/DVFGR/DGAP/DCJ/DPIF-00-2003-009, de 21 de julio de 2003 el Fiscal General de la República se arrogó una atribución conferida a los Jueces y Juezas de la República y, en exclusividad a la Sala Constitucional para la abstención de dictar medidas cautelares previstas en el artículo 39 de la Ley. Indicación que señala la manifiesta inconstitucionalidad e ilegalidad atentando contra el contenido de los artículos 267, 334, 336, 19, 21 y 55 de la CRBV y contra los artículos 39 cardinales 1, 3 y 5 de la Ley, así como Tratados Internacionales en la materia y en las obligaciones que el Ministerio Público impone el artículo 11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.
9. Solicitó a la Sala acordar el amparo cautelar contra la antes mencionada circular.
10. Solicitó la declaratoria de improcedencia de la demanda principal de nulidad.

Los alegatos de la Representación de la Asociación Civil sin fines de lucro Casa de la Mujer Juana Ramírez “La Avanzadora” fueron los siguientes:

1. Que la falta de intervención preventiva a favor de quienes ven amenazada su integridad física supondría una violación al derecho a su vida.
2. Que la anulación del artículo 39 de la Ley afecta derechos esenciales de las personas de las víctimas de violencia intrafamiliar.
3. Que existe una errónea interpretación en cuanto al artículo 32 de la Ley toda vez que el alto índice de mujeres víctimas de violencia fue lo que trajo como consecuencia la vigencia de la Ley para sancionar y erradicar el delito de violencia dentro del entorno familiar que en el pasado era considerado como un “hecho normal”.
4. Que la nulidad de las normas impugnadas impediría la protección cautelar a favor de las mujeres amenazadas en su vida, integridad física y sexual resultando igualmente desprotegidas en cuanto a la igualdad por parte del Estado.

¿HAY O NO HAY POSTRE?

“...un mundo donde toda la sociedad sepa que la violencia contra las mujeres es un abuso inaceptable contra los derechos humanos será un logro en sí mismo y un importante avance en la erradicación”.

Al, en “Hacer los Derechos Realidad”.

Pues dependerá del comensal y, de la serie de circunstancias que colaboran en la ingesta o no, de un plato “dulce”.

Con respecto a la procedencia o no de la nulidad planteada contra los artículos 3, cardinal 4, 32 y 39, cardinales 1, 3 y 5 de la Ley la Sala se pronuncia del modo siguiente, modo que, por demás no es el que se sigue en el texto de la Sentencia, pero es el usado, a los efectos ilustrativos de este ensayo, por lo que tienen una numeración diferente al del contenido de la sentencia:

1. Declarando la inconstitucionalidad:
 - a. Porque lesionan el derecho a la defensa y al debido proceso del supuesto agresor para quien es exigible la defensa previa a la imposición de medidas de privación preventiva de libertad.

- b. Porque lesionan el derecho a la libertad personal, a la presunción de inocencia y a la inviolabilidad del hogar del supuesto agresor puesto que entre los órganos receptores no están solo los jurisdiccionales sino también los administrativos y entre las medidas de posible acuerdo están la privativas de libertad que no puede sucederse sin orden judicial.
- c. Porque violan el derecho al juzgamiento por el juez natural puesto que sólo esto corresponde al órgano jurisdiccional y no a uno administrativo.
- d. Porque conculcan el principio constitucional de separación de poderes e incurrir en el vicio de usurpación de funciones dado que la Ley otorga competencias propias del poder judicial a órganos no jurisdiccionales.

Curiosamente la Sala no desconoce el sentido de relieve socio-cultural puesto en relieve por todas las organizaciones, personas y entes estatales y se pronuncia primeramente respecto al amparo solicitado por REVIMU lo que no atendió antes en claro menosprecio al interés alegado. Luego:

- 2. Aclaró que los alegatos que resultan pertinentes toda vez que se trata de una demanda de nulidad son las normas en contravención con la CRBV. Así se pronunció respecto a:
 - a. Que la existencia de un procedimiento previo a la acción penal y que la denuncia pueda ser recibida por diversos órganos *per se* no es inconstitucional, aunque reconoce que implica un tratamiento al de otros ámbitos penales, para lo que reconoce la existencia preconstitucional de la Ley.
 - b. La inconstitucionalidad de las medidas cautelares preceptuadas en el artículo 39 de la Ley, para lo cual también se manifiesta que en sí mismas no son inconstitucionales y que lo que podría implicar una violación constitucional es la interpretación y aplicación del mismo.
 - c. Igual no parece para la Sala inconstitucional el contenido del artículo 32 de la Ley puesto que agrupa en 2 sectores los órganos receptores de denuncia, los Juzgados de Primera Instancia Penal y los Juzgados con competencia en materia de Familia, así como los Juzgados de Paz. De otra parte los órganos administrativos en ejercicio de auxilio a la justicia, como las Prefecturas y Jefaturas Civiles, órganos de policía y el Ministerio Público.

- d. Tampoco resulta inconstitucional la posibilidad de acordar medidas cautelares por parte de estos órganos. La eventual inconstitucionalidad procedería si se precisare contrariedad a derecho de las medidas cautelares que dichos órganos pudieren dictar, inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley siempre como consecuencia de su análisis en conjunto.
3. Alegó que el Constituyente otorgó especial significación a la investigación penal atribuyéndole dicha función al Ministerio Público. Dejó vigente el artículo 32 de la Ley en cuanto a los órganos receptores de denuncia y el procedimiento sería que salvo que el receptor sea el propio Ministerio Público deberá procederse de conformidad con el contenido del artículo 284 del COPP efectuando con ello una adecuación de la Ley al vigente marco constitucional y por ello declara la nulidad sobrevenida del artículo 34 *in fine* de la Ley, puesto que será el ministerio Público el que remita si fuere el caso la actuación al órgano jurisdiccional
 4. Respecto a las medidas cautelares significó la libertad como regla salvo en los casos de la flagrancia o si media orden judicial, por lo que sólo están destinadas a la competencia jurisdiccional.
 5. Encontró parcialmente viciado de inconstitucionalidad sobrevenida el artículo 39 cardinal 3 en cuanto a la limitación del tiempo de detención que en todo caso no excederá de 48 horas. En lo que la autora del presente asiente conforme.
 6. Se declaró la inconstitucionalidad de la posibilidad de dictar medidas privativas de libertad, aunque sean preventivas o cautelares, que dicten órganos no judiciales.
 7. Consideró acorde la posibilidad la facultad de dictar medidas de arresto por parte del juez de primera instancia penal o del juez con competencia en materia de familia cuando sea uno de éstos el órgano receptor de la denuncia ajustado el tiempo de la medida al lapso constitucional, es decir que no exceda de 48 horas.
 8. Advirtió que la declaratoria de nulidad no merma la facultad de los órganos receptores de denuncia ni del Ministerio Público para que soliciten medidas preventivas de privación de la libertad en contra del supuesto agresor. Lo que deberá realizarse según las normas contenidas en el COPP.
 9. Deja a salvo los supuestos en que opere la flagrancia en cuyo caso la autoridad policial podrá actuar sin previa orden judicial pero en estricto cumplimiento de las normas contenidas en el COPP.

10. Con respecto a la violación al derecho a la inviolabilidad del hogar al analizar si efectivamente esa medida cautelar que permite el artículo 39, cardinal 1 de la Ley, se consideró que:
 - a. La correcta lectura de la norma constitucional contenida en el artículo 47 es garantizar la inviolabilidad del hogar doméstico, lo que abarca al domicilio, la residencia y el recinto privado de las personas.. para lo cual destacó la sentencia No. 717 de 15-5-01.
 - b. La inviolabilidad se traduce en que no puede haber allanamiento, no puede haber entrada forzosa por parte de autoridades públicas o de particulares que no habiten en ese recinto sino en los supuestos establecidos constitucionalmente y aclaro que en el caso planteado se trata de una orden dde salida de la parte agresora de la residencia común, lo que no implica necesariamente el allanamiento de morada, salvo en el supuesto de que fuere necesaria la ejecución forzosa de la medida. Así el precepto de la norma contenida en la Ley no viola el artículo 47 de la CRBV dejando claro que lo que si resultaría violatorio sería la ejecución forzosa.
 - c. Advirtió que la interpretación debe ser siempre restrictiva so pena de lesión de otro derecho fundamental.

11. Con respecto a la violación al derecho a la defensa y debido proceso indicó lo siguiente:
 - a. Con respecto al caso en que puedan los órganos de recepción de denuncia, sean jurisdiccional o administrativos, dictar medidas cautelares de manera inmediata y sin previa audiencia de aquel contra quien obre, como por ejemplo las medidas de colaboración, puntualizando con ello que se trata en este caso de medidas anticipadas pues son dictadas antes del proceso penal y no de medidas autónomas o autosatisfactivas, puesto que aunque se dicten antes del inicio del juicio, son instrumentales de ese posterior proceso en el cual se revisarán, ratificarán o revocarán.
 - b. Aclaró que la distinción entre medidas anticipadas y medidas autónomas consta en sentencia de la sala No. 4223 de fecha 9-12-05.

12. Con respecto a la obligatoriedad de la audiencia conciliatoria la Sala no comparte el criterio usado por la parte actora indicando que la audiencia en cuestión si es obligatoria.

13. Con respecto a la alegada violación al derecho al juzgamiento por el juez natural la Sala precisó:

- a. Reiteró el criterio recogido en la sentencia No. 520 de 7-6-00 según el cual y se cita: “ El derecho al juez natural consiste, básicamente, en la necesidad de que el proceso sea decidido por el juez ordinario predeterminado en la ley... la garantía... puede expresarse diciendo que es la garantía de que la causa será resuelta por el juez competente o por quien funcionalmente haga sus veces.”, lo que implica que esto alude a la competencia predeterminada en la Ley en cada caso concreto.
 - b. Indicó que las medidas cautelares no implican juzgamiento, pues con ellas no se administra justicia, sino que son medios instrumentales que sirven para una decisión posterior. Esta autora sólo agregará a esto el siguiente signo de comunicación: ¿?.
 - c. Justamente porque las medidas no significan administrar justicia al no serlo mal pueden violar el derecho a juzgamiento por parte del juez natural.
14. Con respecto a la violación al principio constitucional de separación de los poderes y la verificación del vicio de usurpación de funciones la Sala se expresó del modo siguiente:
- a. Reitera el criterio sostenido según sentencia No. 3098 de 14-12-04 (ya antes mencionada) que los términos y el alcance con los cuales la CRBV recoge el principio de separación de los poderes como pilar fundamental del Estado de Derecho, no se hace en términos de una división rígida de poderes, sino, por el contrario, de una colaboración y control mutuo entre las distintas ramas del Poder Público, lo que implica que, en circunstancias especiales y excepcionales que no colidan con alguna norma constitucional , cada una de las ramas puede ejercer funciones de las otras. Lo que implica que esa superposición o intercambio debe ser excepcional y obedecer a razones instrumentales y operativas concretas.
 - b. Se declara procedente la nulidad parcial planteada por el Fiscal general de la República y puntualiza que:
 - b.1. La Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia es una Ley que desarrolla especialmente los mecanismos de prevención, control, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer y la familia y que lo perseguido es la protección de la integridad física, psíquica y moral de la persona, la igualdad por razones de sexo y la protección a la familia, todo lo cual está reconocido en la CRBV. Acá es donde se evidencia el paradigma con el cual surge la

decisión que se ahondará en su momento en el contenido del presente.

b.2. La existencia de este régimen legal especial antes responde a los compromisos asumidos por la República, a través de los diferentes tratados especial énfasis en la llamada Convención “Belém Do Pará” .

b.3. Declaró que el procedimiento de conciliación previsto en la Ley especial puede sustanciarse conjuntamente a la denuncia y que los órganos receptores de las mismas pueden eventualmente dictar medidas cautelares que no son contrarias al la CRBV sino que abogan por la eficacia de la tutela judicial.

b.4. Con la entrada en vigencia de la CRBV luce necesaria la adaptación del texto de la Ley especial al texto constitucional y consideró que lo pertinente era que los órganos receptores deben comunicar la recepción de denuncia dentro de las siguientes 12 horas y “sólo practicarán las diligencias necesarias y urgentes” lo que incluye el otorgamiento de las medidas cautelares.

b.5. Será el Ministerio Público el que una vez sustanciada la investigación penal siguiendo para ello las normas previstas en el COPP determinará si procede alguno de los actos conclusivos previstos en el cuerpo normativo procesal vigente.

b.6. La comunicación de la denuncia al Ministerio Público no merma las facultades conciliatorias y cautelares del órgano receptor debiendo, en todo caso comunicar lo propio al ente Fiscal.

b.7. En la CRBV la regla es que la privación de libertad requiere previa orden judicial salvo los casos en que opere la flagrancia siempre que la medida no se extienda por más de 48 horas reduciendo el lapso previsto en la Ley especial previsto de 72 horas por ser preconstitucional.

b.8. El Juez –sin mencionar Jueza, que son la mayoría integrante del Poder Judicial Venezolano, por cierto-, de Control será quien dicte la privación de libertad salvo los casos de la flagrancia.

b.9. Declara la facultad para dictar medidas de arresto por parte del Juez –nuevamente el lenguaje sexista-, de Primera Instancia Penal o de Familia cuando sean éstos órganos receptores de denuncia.

b.10. No es contraria a la CRBV la medida cautelar que no

implica allanamiento al hogar doméstico incluso siendo dictada por órganos administrativos, cuando la misma sea dictada por órganos administrativos sólo que para su ejecución forzosa requerirá orden judicial.

b.11. Las medidas cautelares contenidas en la Ley especial son medidas de colaboración, asegurativas y de naturaleza anticipada, son instrumentales, sujetas a revisión, ratificarán o revocarán.

b.12. Las medidas antes mencionadas no lesionan el derecho a la defensa ni al debido proceso aún dictadas *inaudita parte*, pues la defensa se garantiza durante la gestión conciliatoria que debe ser tramitada obligatoriamente y en el proceso si fuere el caso según normas previstas en el COPP. Hay suficientes mecanismos de protección jurisdiccional según el órgano que las dicte (administrativos, jurisdiccionales).

b.13. Las medidas cautelares no violan el derecho a juzgamiento por el juez natural porque los órganos receptores no cumplen función jurisdiccional sino función de prevención y control de la violencia doméstica.

b.14. Se declara la nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida por violación al principio de separación de los poderes puesto que la norma legal otorga atribuciones que constitucionalmente son exclusivas del Poder Judicial, no verificándose el vicio de usurpación de funciones en las actuaciones e derechos órganos, pues no son ellos directamente, sino la Ley que ejecutan y les otorga dicha atribución.

SALIENDO DE LA MESA

“Nada detiene una idea cuando le ha llegado su tiempo.”

Víctor Hugo.

No hay nada mejor que salir por la puerta adecuada. De eso se trata. Por ello corresponde ahora presentar un resumen apreciativo de los 2 votos salvados que conforman la sentencia que nos ocupa. Estos votos salvados corresponden a 2 mujeres Magistradas: Luisa Estela Morales Lamuño y Carmen Zuleta de Merchán quienes al disentir hicieron una elección cargada de consecuencias.

En el orden de aparición se comenta primeramente el voto salvado de la Magistrada Luisa Estela Morales Lamuño, no sin antes aclarar que la máquina que se tecléa para la producción de este ensayo subraya la palabra “magistrado” y, además la cambia automáticamente, obligando al regreso para su ‘corrección’, cuando ha sido escrita sin error alguno. La mano que interviene en el diccionario interno debe ser la de un sexista misógino. Así:

Esta Magistrada disiente del fallo sobre las siguientes consideraciones, a saber:

1. Que lo que la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia al ser preconstitucional no prevé la fase de investigación penal previa al inicio de la acción penal, sino que la ley sólo prevé una fase prejudicial en la que debería tramitarse un procedimiento conciliatorio.
2. Que se determinó, de conformidad con la situación planteada la inconstitucionalidad en lo relativo a que el órgano receptor de la denuncia enviará las actuaciones al tribunal de la causa para lo cual debe dársele cumplimiento al contenido del artículo 283 del COPP cumpliendo al mismo tiempo con la gestión conciliadora, aclarando que esto solo puede ser procedente cuando no sea el Ministerio Público el órgano receptor.
3. Que se sigue doctrina jurisprudencial fijada por la misma Sala Constitucional en el particular de la garantía del juez natural dejando a salvo los casos en que el infractor sea sorprendido en flagrancia.
4. Que como consecuencia de lo anterior se establece la necesidad de que los órganos receptores de denuncia soliciten una orden judicial de detención por ante el juez de control competente.
5. La disidente considera que existe una violación al principio del juez natural cuando a una autoridad administrativa se le reconoce la posibilidad de imponer sanciones privativas de la libertad, sin embargo considera oportuno hacer una ponderación de derechos atendiendo al hecho social que da lugar a la normativa impugnada.
6. Para desarrollar lo anterior hace referencia al derecho a la igualdad y lo vincula como íntimamente relacionado con el hecho social. Para ello se apoya en el contenido del artículo 21 de la CRBV, a la sentencia No. 1197 del 17 de octubre de 2000 (caso: “Luis Alberto Peña”) precisando que el trato desigual es discriminatorio, pero el Legislador puede introducir diferencias de trato cuando estén justificadas por una determinada situación real indicando que el derecho a la igualdad se viola cuando se trata desigual a los iguales habiendo causas expresas para un trato desigual admisible, es decir una diferenciación constitucionalmente legítima.

En este particular puntualiza la disidente que la violencia doméstica es un hecho social que ha requerido una ley especial indicando varios documentos y pactos tendentes a la protección de la mujer en todas sus vertientes especialmente en los casos de violencia contra su integridad personal. Advierte la obligatoriedad contenida en el artículo 23 de la CRBV y la Declaración y programa de Acción de Viena, Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y ésta como base para la Ley de Igualdad de Oportunidades Para la Mujer, Plataforma de Beijing, Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia Contra la Mujer conocida como Convención de Belém Do Pará, Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La protección efectiva de la mujer en situación de víctima de violencia indica que es un caso, en el que impera la necesidad de una solución suficiente y eficiente que implica ampliar las posibilidades para abordar el problema mencionando incluso la necesidad de una mentalidad diferente a la que se ha tenido para su tratamiento. (Subrayado propio). Ahonda en el asunto de la necesidad de tener siempre presente la existencia de una realidad social como lo es la violencia contra la mujer "...que encuentra su nicho en los estratos más vulnerables de la sociedad, donde la presencia de la autoridad en la mayoría de los casos se limita a una autoridad civil." (TSJ, Sentencia 972).

Indica al necesidad de superar las formalidades y reconocer que el Derecho debe atender al factor social de la realidad que lo pretende regular, situación que precisa, depende del Juez -resultando extraño para esta autora que la Magistrada no incluya el género para la palabra Juez, en repetidas oportunidades-, quien no puede escudarse en la abstracción dejando de lado las razones que hicieron nacer la ley especial.

Destaca la situación de las zonas rurales, en lo que abundaron -y ella lo reconoce-, los intervinientes opositores al recurso presentado por el Fiscal General.

Justifica la disidente la posibilidad de imposición de medidas privativas de libertad, por autoridades administrativas puesto que lo que se requiere en la mayoría de los casos es un actuar apresurado para evitar mayores males dado que los argumentos respecto a que el derecho a la igualdad establece diferenciaciones en resguardo de sectores vulnerables, con lo cual se prendió salvaguardar el derecho a la igualdad de quien objeto de la violencia lo que encontró en su momento protección en la ley no entendida por la mayoría de la Sala.

De seguida, el soporte resumido del voto salvado de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán que gira sabiamente su disidencia en considerar que la mayoría de la Sala "...se dejó atrapar por una dogmática positivista..." (Idem, p. 51), siendo que para ello "...empleó un razonamiento mecanicista que elude la responsabilidad social frente al problema de la violencia doméstica, y que para nada tomó en

cuenta el sistema de valores y principios que fundamenta el modelo de Estado Social de Derecho y de Justicia tal como están consagrados en el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela." (Ib *Ibidem*).

La confrontación tiene soporte en un razonamiento que debe obligar al intérprete constitucional a no ser un simple técnico construyendo una jurisprudencia más próxima a la realidad y a las necesidades sociales, representativa de la complejidad y pluralidad de la idea de justicia. Sin duda esta argumentación y, en particular este párrafo que es clara evidencia de lo que mueve el pulso de la Magistrada es el que hace nacer particularmente el punto de este ensayo que se intitula "La Alternativa: El Banquete" y que continúa al presente.

Evidencia la Magistrada una conformación intelectual de avanzada y de profunda ruptura epistemológica cuando expresa "...En el paradigma de la complejidad en la que está inmersa hoy día la función de interpretación judicial dado la complicación de las relaciones jurídicas contemporáneas; y a diferencia de la claridad y simplicidad de la concepción del Derecho tradicional..." (Idem, p. 52).

Particularmente mueve el destino de lo que debe pasar en la administración de justicia justa cuando parafrasea a Gustavo Zagrebelsky para significar que la piedra angular de la eficacia del Derecho está en la interpretación de acuerdo a valores y principios que están fuera de los textos, superiores a éstos y que soportan aportando significado tanto a la Constitución como a las leyes.

Apunta que, en la línea de la teoría de la argumentación el juez – nuevamente sorprende que esta Magistrada no haya usado el género-, "...está autorizado incluso para dar un nuevo sentido a preceptos concebidos con otros propósitos..." (Ib *Ibidem*, p. 52).

Esta autora manifiesta un profundo respeto particularmente, por este voto salvado, en la orientación dada con el hecho de la crítica que refiere que el asunto debió recaer sobre la noción de flagrancia para determinar el alcance de los delitos de género. Comparte también la crítica respecto, a que la mayoría de los integrantes de la Sala optaron "...por razonamientos simplistas y deductivo producto de la lógica positivista que consistió en un mero contraste formal ...de la ley impugnada..." (Idem, p. 53), con el texto constitucional, no ponderando los valores en conflicto, conduciendo con ese actuar "jurídico" a la protección desmesurada del agresor de los delitos de género. Recordó el criterio respecto a la "flagrancia presunta" de la misma Sala en sentencia 2580/2001, con lo cual alude a lo sencillo que era evitar lo que denominó un "círculo perverso".

Considera la Magistrada que una sentencia de este tipo era propicia para "...adentrarse en las peculiaridades del tipo delictivo para no

descontextualizarlo de la Sociedad en que se presenta, y evitar desdibujar en el ínterin el fin último del Derecho.” (Ib Ibidem).

Hizo referencia a la imperfecta educación de género asegurando que lo propio “...proyecta desigualdad social de las mujeres y consecuentemente la falta de conciencia y responsabilidad sobre su desprotección...” (Idem, p. 56).

Razón –al menos, según los ojos de esta autora-, asiste a la Magistrada cuando menciona que con seguridad la sentencia *in commento* engrosará la lista de sentencias lamentables de Ana Rubio Castro.

Finalmente aclara esta autora que no comentará los argumentos del voto concurrente del Magistrado Francisco Carrasqueño, por no tener relevancia para la realización del presente.

Se atrevió la Magistrada, a optar entre el uso cognitivo y responsable del saber y los prejuicios. Bravo, por la elección.

Estas 2 mujeres disidentes no lo fueron por el hecho de ser mujeres lo que colaboraría en un hecho netamente simbólico, sino que lo fueron, por haberse instruido y permitir que, a su caparazón intelectual entraran otros modos de conocer lo que evidencia que son también dueñas de otros modos de sentir...

LA ALTERNATIVA: EL BANQUETE

“El camino se hace al andar”.

Antonio Machado.

La construcción de un futuro viable que cobije democracia, equidad, justicia justa, justicia de género, justicia social, armonía, complementariedad y respeto deben ser las palabras claves para el mundo y el mundo jurídico por venir.

La complejidad, el paradigma de la complejidad aludido en el voto salvado de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán tiene que ver con el pensamiento complejo y es uno de los desafíos más difíciles del proceso educativo integral justamente por la rapidez de los cambios y lo imprevisible que caracteriza nuestra cotidianidad continuamente bombardeada de sucesos -incluso y precisamente-, en lo jurídico.

La complejidad es el constante tejido de eventos, es un pensamiento que se confronta permanentemente a lo simple. Es lo que desentraña, lo inextricable, es decir “...es un espacio mental que recupera la intuición como modo de aprehender el asunto...” (Ferguson, p. 213).

En el ámbito del Derecho esta visión empieza a conformarse en la nueva mentalidad de justicia social que está haciendo su aparición y que además es el eje transversal que rige la autodefinición del modelo de Estado a seguir. Todo lo que se confronta frente a la corriente positivista del Derecho.

La complejidad no sólo es movimiento de ideas, sino movimiento y puesta en escena de auténticos procesos sociales que en Venezuela se están configurando paso a paso, también como movimiento político importante: el espacio compartido, la cohabitación, el vivir juntos todos: mujeres, hombres, niñas, niños y adolescentes.

En el campo del Derecho ese movimiento que se opone a la simplicidad debe hacerlo, a través de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de esta República Bolivariana de Venezuela como el máximo tribunal y de allí al resto, para cumplir, con el paradigma de la enseñanza y de la riqueza intelectual. Paradigma que, entre otras cosas debe "bajar", permear al resto de las instancias de la administración de justicia, para necesariamente enriquecer, educar, preparar, fortalecer al conocimiento del resto de los jueces y juezas, en el quehacer cotidiano. De eso trata la educación del futuro que refiere esta autora.

El saber científico, técnico jurídico -si se prefiere-, las reglas de la técnica, las teorías de la argumentación, las máximas de experiencia y el conocimiento deben regir los asuntos que la sociedad reclama porque deben estar involucrados con las opciones filosóficas de la cultura. De una cultura alternativa o continuarán siendo los puntos de estancamiento de los procesos de evolución cognitiva.

Tal parece que Michel Maffesoli tiene razón cuando aprecia que ciertos conceptos aparecen tardíamente cuando algunas experiencias y procesos están ya madurados. Esto, a propósito del término "Género" como cultura que debe abarcar -también y necesariamente-, al Derecho que está madurado y que es, con una mesa bien servida cuando va a aparecer (¿aparecerá?), en los espacios del saber de los Magistrados.

Es allí y justamente, por eso que la teoría del conocimiento tradicional no aporta ya nada, para la adecuada conformación del mapa cognitivo con la que el saber, en la práctica discursiva es el eje fundamental del nuevo conocimiento y se traduce en justicia para la sociedad.

Resulta claro que la sesgada comprensión de la vida cotidiana ha sucumbido ante la "razón científica", es decir, en el campo jurídico, ante el formalismo técnico-jurídico. En el Derecho es tanto como decir que ha triunfado la forma sobre la justicia y con ello los fantasmas no erradicados del culto a la aplicación mecánica de la ley. Situación que lesiona -por demás-, postulados claros de hacia dónde debe ir el asunto.

La verdad, era demasiado pretencioso que fuera de otro modo, toda vez que la historia está llena de una cultura patriarcal contando con el

Derecho como una de las mejores y más interesantes herramientas para el control social, la dominación y la exclusión.

Una buena pregunta sería: ¿cómo entrenar para el cambio de paradigma, para la asunción de nuevas teorías?, a lo que luce como respuesta: No podremos hacer nada si no hay claridad sobre la complejidad que implica género como uno de los elementos indispensables a tomar en consideración al hacer un proceso de lectura de lo social.

A esta hora ha sido la forma como pensamiento único el reinante servido en la mesa.

La autora, en una clara pretensión y atrevimiento compara cómo debe ser el modo de manejar “Los siete saberes necesarios” que propone Edgar Morin vinculándolo con el tema de administrar justicia, con el fin de develar algunos horizontes para el nuevo asunto jurídico que atañe a todas y todos, en el que la educación pueda convertirse en una alternativa que propenda hacia la cultura favorecedora de una manera de pensar abierta y libre:

1. *Las cegueras del conocimiento.*

El Derecho no puede, no debe permanecer ciego ante lo que es el conocimiento, sus modos de presentarse, y sus especiales maneras de hacer conexión con la cotidianidad de las personas sobre quienes ejerce su poderío.

Por ello es, por lo que se niega la posibilidad de usar el conocimiento como herramienta sin examinar su naturaleza. Se trata de un combate para la lucidez.

La racionalización, incluso ésta teórico-técnico-jurídica que se critica en este ensayo ha sido tal porque está montada sobre la base de la deducción o de la inducción y se niega a la discusión de los argumentos como si los argumentos estuvieran determinados, y es que lo están, sin duda. Esa determinación generadora de “verdades” a medias es lo que hace que una sentencia “impecable” pueda ser -como de hecho lo es- ni tan “impecable” y, además injusta.

La verdadera racionalidad, la que ahora se impone, dialoga con la realidad y, en esa realidad no puede ignorar a las mujeres. Lo contrario equivale a poder expresar algo así como: “mientras sea impecable” poco importa la opinión del resto, a propósito de la sentencia, claro.

Luce obvio que la mayoría de los Magistrados intervinientes en la sentencia 972 de la Sala Constitucional actuaron según los paradigmas inscritos culturalmente en ellos. Paradigmas que controlan –y no ingenuamente, por cierto-, el pensamiento consciente y también el sub-consciente.

La fuerza que se evidencia es la del dogma, la del tabú, la de no entrar en el tema de fondo rindiendo culto y adornando las formas, la expresión más maquillada de “verdades a medias”: El positivismo jurídico. Así nos tragamos el cuento más fácilmente porque de eso disponen las ideologías dominantes. A esto se le conoce gracias a Honrad Lorentz, como el “*imprinting cultural*” que marca a los humanos desde su nacimiento, es la programación con la que salimos al ruedo familiar, escolar, universitario y de desempeño laboral y como es el caso, al ruedo del desempeño jurisdiccional.

Las sociedades domesticadas por las ideas, las mujeres y hombres domésticos por la sociedad y las ideas. De allí la necesidad de fomentar, en el proceso educativo de la nueva cultura jurídica hacia lo justo, la posibilidad de despejar las grandes interrogantes que nos posibiliten conocer y conocernos.

La lucha es que ni una mujer más, ni un hombre más pueda seguir siendo juguete inconsciente de sus propias ideas.

2. *Los principios de un conocimiento pertinente.*

Debe dirigirse el Derecho hacia el conocimiento de los problemas fundamentales de la vida. Allí, la violencia contra las mujeres es un problema vital, con hondas significaciones que no pueden ser desconocidas por los “hacedores” o “administradores” de justicia, pues se corre el riesgo de no analizar la complejidad del asunto y su repercusión.

Cuando ese análisis no sucede subsiste el “divorcio” entre la realidad y el derecho, entre la norma y el caso. “Y el conocimiento pertinente debe enfrentar la complejidad. (Morin, 2000, p. 42).

“Es necesaria una reforma del pensamiento” (Idem, p. 39), porque seguimos vinculados a los saberes desunidos, cada vez más ajeno a lo propio.

Para indicar los efectos negativos de una sentencia como la se comenta, más allá de ella en sí misma, lo nutritivo -que se pretende- consiste en determinar lo que habrá de entenderse como progreso básico para este siglo y es que: “...ni los hombres ni las mujeres siguieran siendo juguetes inconscientes de sus ideas y de sus propias mentiras.” (Idem. P. 37).

En la sentencia se evidencia el uso de la inteligencia general que es la más poderosa y la que más facultades tiene para tratar los problemas específicos, puntuales, concretos y especiales. El conocimiento así no se interconecta, no se interrelaciona. Y si se debilita el conocimiento de lo concreto de lo cotidiano se debilita la responsabilidad. Ya lo dice correctamente en clases Érida Aponte: “El conocimiento genera responsabilidad”. Responsabilidad particular, social, para con el resto, para con las(os) que necesitan y reclaman justicia justa.

3. *Enseñar la condición humana.*

Al ser humano como unidad compleja que es al mismo tiempo el ser físico, biológico, psíquico, cultural, social e histórico. "Lo humano está cruelmente dividido.." (Idem, p. 51). Incluso cruelmente dividido para el Derecho, con sus diferentes parcelas de poder.

Lo que debe restaurarse es la reorganización de los conceptos y sus significados para el Derecho actual, el que nace todos los días, el que se redimensiona cada día, el mismo que pretende ser igual en mundo de desiguales.

Lo importante ha de ser que cada administradora(o) de justicia desde su actividad cotidiana tome conocimiento y conciencia de la complejidad de los nuevos conceptos, de las nuevas y emergentes realidades, de su propia complejidad y, sobre todo, de sus aspectos comunes y más comunes, con el resto de los seres humanos.

4. *Enseñar la identidad terrenal.*

Tiene que ver con el conocimiento de los desarrollos, de la interconexión, de la comunión con lo cotidiano, con lo que le sucede a la gente de afuera. Ese debe ser el objeto de la nueva educación en derecho que se procure para la administración de justicia, con la finalidad que ésta pueda traducirse en un asunto que huelva a justicia justa.

La sentencia muestra la realidad porque muestra la idea que tienen la mayoría de los Magistrados de la realidad, que no significa que sea la realidad, claro.

5. *Enfrentar las incertidumbres.*

También el Derecho ha sacralizado muchas "verdades" y certezas, pero desde finales del siglo pasado y en éste que, a penas nace reina la incertidumbre. ¿Qué pasará con el Derecho en el mundo que se avecina?, ¿cómo veremos al Derecho en el mundo que nos tocará vivir de inmediato?.

Sin duda, el recorrido no podrá ser con los conceptos hasta ahora aprendidos o quedaremos fuera de escena. De la escena que los de afuera reclaman, además, en justo derecho.

Desaprender para aprender y aprender a aprehender son alguno de los temas de la opción.

6. Enseñar la comprensión.

El tema de la comprensión es vital para los humanos y debe ser el *quid* de la finalidad de la educación jurídica para el futuro.

Comprensión tiene que ver con los efectos de la comunicación humana, pero atendiendo que comunicación no genera comprensión. Paradójicamente puede incluso hasta excluirla. Si tenemos en cuenta que la comprensión en todos los niveles es lo que luce como urgente, lo auténticamente urgente es una reforma de las mentalidades.

En el desarrollo de la sentencia queda claro hasta que punto vive la incompreensión por lo que no se sabe que es lo que destroza la relación del Derecho con la realidad haciéndola añicos.

Si el cambio surge de abajo hacia arriba: Mejor!. Lo correcto no está en lo inverso.

Finalmente, ¿quién dijo que no se puede trabajar del revés al derecho?

7. La ética del género humano.

“La ética no se podrá enseñar con lecciones de moral”. (Idem, p. 21). Se necesita partir de una toma de conciencia, “concientización” respecto, a que el ser humano, en tal, es al mismo tiempo cada mujer, cada hombre como parte integrante de la sociedad y parte de una especie. También cada niña y cada niño.

Somos mujeres y hombres luchando por ser entendidos, sin exclusión, sin sexismo.

Tenemos un “conocimiento” que ha excluido que las realidades de los problemas son pluridimensionales. Fuimos demasiados bien formados para el desarrollo de una inteligencia experta en separar y crear compartimientos estancos, separados unos de otros, aportando incluso la hiper-especialización cuyo resultado ha sido ceguera, parcialización e ignorancia.

Sin duda debemos todos los administradores de justicia caminar hacia una transformación de saberes que debe traducirse en interconectarnos con lo que sucede día a día. Si esa no fuere la opción estaremos ahondando en un rostro nada humano que flaco favor le hace a la justicia de un país envuelto en cambios. Esto se traduce en ahondar, también, en un Poder Judicial separado, clasista, opresor, genitalizante y sexista.

Al final, cuando la autora procuraba saber que pasaba en el mundo en una de las noches destinadas para esta creación la impactó una

propaganda televisiva que consiste en una campaña que debe suponerse como de información-formación auspiciada por el Ministerio Público que dirige el accionante de la sentencia *in commento*. Supongo que se titula “Confía y Participa”, en la que puede verse que mientras la mayoría de los actores son hombres, hay una sola mujer como jueza de control, a quien denominan: “Juez”. Así, posteriormente un Tribunal Mixto conformado por una Escobina, a quien llaman “Escabino”. Se muestra un lenguaje opresor y radicalmente sexista y surge la inevitable pregunta: ¿Es eso educación?, ¿podremos seguir pensando en educación para el cambio?

El asunto del uso no sexista del lenguaje no se ha internalizado porque no se ha aprendido y menos aún aprehendido.

¿QUÉ HACEMOS CON LA SENTENCIA?

“Se ha determinado que la violencia contra las mujeres es una violación especialmente grave de derechos humanos, dada la forma en que viola muchos otros derechos a la vez”.

Al, en “Hacer los Derechos Realidad”.

Recordar las propias palabras del Fiscal General de la República pidiendo disculpas considerando que la justicia tiene que estar por encima del derecho, resulta hoy día risible.

Lo que hay son muchas preguntas: ¿qué hacemos con el asunto de la seguridad para las ciudadanas?, ¿cómo debemos entender el contenido del artículo 21 de la CRBV con respecto a las situaciones de vulnerabilidad?, ¿abrirá las puertas el Tribunal Supremo de Justicia y escuchará el clamor de más de la mitad de la población conformada por mujeres?, ¿no somos acaso las mujeres integrantes de la denominada democracia participativa y protagónica?, ¿no habrá debate?, ¿para cuándo dejaremos el proceso de aprendizaje?

La evolución del Estado y sus formas adquiere en Venezuela una conformación trascendente cuando, en el contenido del artículo 2 de la CRBV se proclama en un estado social. Nada más propicio que hacer uso del discurso de Jorge Rosell según el cual: “El Estado social no sólo acepta la declaración formal de la igualdad desentendiéndose de lo que suceda en la realidad, sino que debe ir a ese entorno social del individuo a fin de indagar acerca de sus necesidades y satisfacerlas a través de su acción protectora.” (2002, p. 50).

Así las cosas pareciera claro lo que hay que hacer, cuando menos protestar la violación del principio de igualdad lo que resulta contradictorio

con el postulado constituyente de lo que debe ser el Estado social y entender que la sentencia es la manifestación de un error gestado en la proyección del miedo y de las emociones que se suceden al sentir como se nos ha enseñado a sentir: sólo repitiendo esquemas, con una mentalidad que se auto-reproduce.

En tanto, resulta oportuno y pertinente resaltar lo significativo que puede y debe ser el papel de los Jueces y Juezas, pues el papel influye en el ámbito político modificando los modos de pensar y actuar de todos los actores del proceso. Ya lo indica Luis Fernando Niño cuando menciona y se cita: "...se trata del papel de los jueces en el panorama político del país en el que prestan sus servicios de administración de justicia y de la gravitación de la ideología personal del magistrado en el desempeño de su actividad judicial." (2002, p. 26).

Lo que interesa es darle vida al imaginario del rostro del los nuevos Jueces y Juezas que el país reclama: seres humanos ocupados por resolver los conflictos que viven todos los otros generando, con su actuar un ambiente de convivencia pacífica, incidiendo asertivamente en los espacios de cohabitación que constan como ciertos, al menos en la letra de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

○ justificamos el desempeño judicial, a través de una argumentación cónsona con los tiempos que corren o nos decidimos a hacer de la letra de la Constitución letra muerta.

La justicia ejercida con uso de patrones patriarcales y misógina luce violadora de una administración de justicia equitativa ante hombres y mujeres y hace improbable que lleguemos a la anhelada jurisprudencia de la igualdad.

De aquí en adelante la ausencia de mirada de género en las(os) Magistradas(os) constituye la deuda que tiene la Justicia para con las niñas, adolescentes, mujeres, niños y hombres de este país.

¿Servirá para algo la perspectiva de género?. Bueno, para algo como desentrañar los vínculos y relaciones que se gestan entre el poder y los prejuicios, los pensamientos y los privilegios, entre otras cosas.

¿Ayudará indicar qué se trata de ir en pos de la justicia de género?. Bueno, si se quiere seguir el postulado contenido en el artículo 2 de la CRBV habrá que entender y cocientizar que de lo que se trata es de generar una justicia igualitaria haciendo frente al positivismo jurídico aplicando un Derecho no neutro que necesita nutrirse cada vez más del pensamiento crítico, reflexivo, filosófico, social, público y político.

¿La sentencia sirve?. Claro, como brutal ejemplo del uso sexista del lenguaje contrario al uso constitucional acompañando en lo propio al escrito de solicitud del Fiscal General de la República, lo que no se analiza en profundidad puesto que corresponde al objeto a ser desarrollado por una de las compañeras doctorandas del seminario.

Lenguaje que usado así entraña una ideología que se transmite y que no es ni neutra ni ingenua. Lenguaje que en palabras de Vittoria Ferrar-Bardile no resulta “*aggiornamento*”, es decir, lenguaje que: “...no está al día con la nueva realidad social y gramatical.” (2000, p. 12).

Sirve también para evidenciar la ausencia de perspectiva de género prelando a todo evento la perspectiva “masculinista” y cristaliza la matriz denunciada ampliamente con anterioridad en este ensayo relativa al predominio del pensamiento formal propio del positivismo jurídico y correspondiente al paradigma de la simplicidad.

Las respuestas no son tanto para la equidad como para el pensamiento emancipador y generador de realidades al desnudo.

HUIR DE LA VIOLENCIA PARA ¿ENCONTRARLA DE NUEVO?

“Eliminar la diferencia entre las leyes escritas y su aplicación es una de las preocupaciones más acuciantes de quienes se oponen a la violencia.

Son muchas las razones por las que la legislación no se aplica: las leyes no se toman en serio o se aplican selectivamente, no se aprueba la debida legislación habilitadora, se establecen disposiciones inadecuadas para hacer cumplir la ley o no se destinan recursos suficientes a su aplicación”.

Rhonda Copelon.

Huir de la violencia, ¿con una ley?, ¿cuál ley?

Estamos dentro de la constitucionalización de los Derechos Humanos. ¿Qué hacemos con eso?

Ahora bien, frente a este abanico de posibilidades jurídicas venezolanas ¿qué hacer con la realidad?, ¿qué hacer con los “códigos muertos”?, ¿qué hacer con “las juezas y jueces boca de la ley”?

Encontrar sólo una solución legislativa y judicial contra la violencia es otra forma de violencia si los postulados allí previstos no se hacen realidad —como no se han hecho realidad—, y es que el derecho y la realidad siguen sin acercarse en este terreno. No porque se crea que la teoría es una cosa y la práctica otra sino porque ese “cientificismo simplón” ha sido —y sigue siendo “vendido” en los rituales académicos repetidos durante años de años instalando una cultura dominante nada ingenua que reproduce las formas de poder y sus manifestaciones en la sociedad.

La violencia es una forma más de discriminación todo lo que resulta como lesivo a los Derechos Humanos de las mujeres.

Frente a todas estas interrogantes algunas novedades de la “huída” siempre buscando justicia, con la esperanza inagotada de encontrarla de nuevo.

Por ello y para ello existen: La Declaración y Plataforma de Acción de Pekín como se llama al documento aprobado en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, en 1995. A esta Plataforma de Acción de Pekín y a la revisión que se hizo 5 años después, en el 2000, se han ido añadiendo los acuerdos de otras Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas celebradas en la década de 1990 y en el presente siglo.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado en 1998 y considerado el más grande avance en los esfuerzos por abordar los delitos de violencia contra las mujeres. Se incluyeron en éste los delitos de *lesa humanidad*, dentro de los cuales se encuentra previsto como tal la persecución por motivos de género, crímenes de guerra, genocidio.

Contiene este Estatuto disposiciones progresistas sobre la participación de víctimas y testigos en el proceso penal internacional, su protección y la reparación para con las mismas.

Una reciente incorporación a este conjunto de mecanismos legales internacionales en la lucha contra la violencia femenina es la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) adoptada en 2000 y que contiene normas para la prevención, persecución y sanción respecto a la trata de personas.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida como la Convención de Belém do Pará (antes mencionada y mencionada en la sentencia) que reconoce el derecho de la mujer a una vida sin violencia tanto en lo público como en lo privado.

LA IMPUNIDAD COMO FORMA DE VIOLENCIA

“Las normas de derechos humanos son lo mínimo de lo que todo ser humano debe esperar disfrutar en su vida cotidiana”.

Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Impunidad es ausencia de castigo, no poner en manos de la justicia a los responsables de violaciones de derechos humanos.

En el trípede que crea el principio de coparticipación constitucional: Estado, sociedad y familia, o se armonizan o seguimos maquillando algunas

verdades. Si bien la investigación y el procesamiento son responsabilidad del Estado, la participación de los particulares y las comunidades es fundamental para vencer la impunidad.

Si no se denuncia lo que sucede, si al denunciarlo se victimiza doblemente a la víctima, si después de todo se retira la denuncia, se agranda el círculo vicioso que da vueltas en su propio eje, como una noria: la violencia.

Un Estado que suscribe acuerdos, convenios, pactos y tratados en materia de derechos humanos y, en materia de violencia contra la mujer, que promulga leyes impecables, que cambia la carta política, que se proclama en un Estado democrático, social, de derecho y de justicia, pero que hace omisión a generar condiciones para la eficacia de las mismas, sin diseñar posibilidades de políticas preventivas, sin mediar para la facilitación de campañas educativas para evitar la violencia sencillamente genera impunidad.

Un sistema de justicia selectivo, sin cultura de género, con una formación especializada, abstracta, no rozada con la cotidianidad y predispuesto contra las mujeres, sin recursos para hacer cristalizar la justicia después de la violencia, sin la posibilidad de democratizar el grave asunto de la violencia contra la mujer sencillamente causa de impunidad.

Comunidades cómplices, sin formación, sin cooperación, sin sentido de la responsabilidad, sin saber a dónde acudir, sin conocer los derechos, en las que no se toma en serio la violencia contra las mujeres sencillamente causa de impunidad.

Y la impunidad es una forma de violencia que limita las soluciones que pueden darse –y deben darse-, dentro del Poder Judicial. Un Poder Judicial que silencia la actividad legislativa, que mutila la lucha de las mujeres organizadas de este país, mientras se cambia todo, para que todo siga igual y acudimos a la “venta” en los medios de comunicación, con un morbo exagerado al qué, cómo, cuánto, de qué modo, desde cuándo la violencia sigue cobrando víctimas.

Para finalizar, si la idea, si las ideas son contrarias a las presentadas acá: Que bueno!. Hay verdades en las ideas contrarias a la propia. Ese es el aprendizaje democrático.

De eso se trata, de generar el debate que a todas(os) pueda interesarnos, para construir, optar y escoger por el cambio, hacia un cambio más humano, sensible y justo.

Cuando, como ahora, con esta discutida sentencia cuyo análisis ha sido el objeto de este ensayo, se ha evidenciado que la profesionalidad está relacionada con el sentido estricto del apego a la ley, podrá decirse sin equívoco como lo hace Ana Rubio Castro que: “...el Derecho y la Jurisdicción han mostrado la peor imagen de sí...”. (2000, p. 96).

El reto: Tal cual lo expresa Élide Aponte consistirá en pasar “...del positivismo jurídico acrílico como ciencia de la legislación positiva o

Estado de Derecho legislativo a un Estado en el cual la ley viene sometida, subordinada totalmente, a un estrato más alto de derecho establecido en la Constitución.” (2005, p. 30).

Y el presente y sus retos tiene que ver con hacer coincidir los horizontes de transformación de la sociedad con el cambio de los paradigmas heredados y la voluntad para ese cambio.

*“Resignarse es una cobardía,
es el sentimiento que justifica el abandono
de aquello por lo cual vale la pena luchar,
es, de alguna manera, una indignidad.
La aceptación es el respeto por la voluntad del otro, sea
éste un ser humano o el destino mismo”.*

Ernesto Sábato.

BIBLIOGRAFÍA

- Amnistía Internacional, (2004). ***Está en nuestras manos. No más Violencia contra las Mujeres.*** Editorial Amnistía Internacional (EDAI), Madrid, España.
- Amnistía Internacional, (2004). ***Hacer los derechos realidad. El deber de los Estados de abordar la violencia contra las mujeres.*** Editorial Amnistía Internacional (EDAI), Madrid, España.
- Aponte Sánchez, Élida, (2005). ***Hacia la justicia de género en Venezuela.*** En: Separata de: Filosofía del Derecho y otros temas afines. Homenaje a Juan Bautista Fuenmayor Rivera. Colección Libros Homenaje- No. 17. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela.
- Castro, Ana Rubio, (2000). ***Las teorías de la argumentación y las sentencias lamentables.*** En: Temas de conocimiento alternativo: más género, más libertad, más ciencia. Universidad del Zulia. Instituto de Filosofía del Derecho “Dr. José M. Delgado Ocando”. Ediciones Astro Data S.A. Maracaibo, Venezuela.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, (1999). Gaceta Oficial No. De fecha
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2002). ***Informe Anual.*** Capítulo VI, párrafo 158.

- Copelon, Rhonda, (2000). **Gender Crimes as War Crimes, Integrating Crimes against Women into Internacional Criminal Law**. Editorial McGill L.J.
- Ferguson, Alex, (2004). **La Ecología del Espíritu (Comentarios sobre la relación Sociedad-Naturaleza en la Obra de Michel Maffesoli)**, en: Posmodernidades. La obra de Michel Maffesoli revisitada. Monte Ávila Editores Latinoamericana. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales (FACES) de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela.
- Ferrara-Bardile, Vittoria, (2000). **Uso no sexista del lenguaje en la Constitución Bolivariana de Venezuela**. En: Temas de conocimiento alternativo: más género, más libertad, más ciencia. Universidad del Zulia. Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José M. Delgado Ocando". Ediciones Astro Data S.A. Maracaibo, Venezuela.
- Jansen, Senaida, (2004). **El lado yin de las sociedades de los saberes compartidos**. En: Revista venezolana de Estudios de la Mujer. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Enero/Junio Volumen 9/Nº 22/2004. Caracas, Venezuela.
- Lanz, Rigoberto, (2004). **Posmodernidades. La obra de Michel Maffesoli revisitada**. Monte Ávila Editores Latinoamericana. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales (FACES) de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela.
- Lanz, Rigoberto, (2005). **Las palabras no son neutras**. Monte Ávila Editores Latinoamericana C.A. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales (FACES) de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela.
- Ley sobre la Violencia contra La mujer y la Familia, (1998). **Gaceta Oficial No. 36.531 Extraordinario** de fecha 03 de Septiembre de 1998.
- Morin, Edgar, (1999). **La Cabeza bien puesta. Repensar la reforma. Reformar el pensamiento. Bases para una Reforma Educativa**. Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, Argentina.
- Morin, Edgar, (2000). **Los siete saberes necesarios a la educación del futuro**. Publicado en Co-edición, Unidad de Publicaciones y el Centro de Investigaciones Post-Doctorales de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela y el Instituto de Educación Superior para América Latina y el Caribe IESALC/UNESCO-Caracas, Venezuela.
- Niño, Luis Fernando, (2002). **Juez, institución e ideología**. En: Capítulo Criminológico. Revista de las Disciplinas del Control Social. Vol. 30, Nº 1, Enero-Marzo 2002. Instituto de Criminología "Dra. Lolita Aniyar de Castro". Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela.
- Rosell, Jorge, (2004). **El estado social de derecho y los nuevos límites del derecho penal**. En: Capítulo Criminológico. Revista de las Disciplinas del Control Social. Vol. 30, Nº 1, Enero-Marzo 2002. Instituto de Criminología "Dra. Lolita Aniyar de Castro". Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela.

- Sábato, Ernesto, (2000). **La Resistencia**. Editorial Planeta Argentina, S.A.I.C., Buenos Aires, Argentina.
- Touraine, Alain, (1996). **¿Podremos vivir juntos?**. Fondo de Cultura Económica de Argentina, S.A. Buenos Aires, Argentina.
- Tribunal Supremo de Justicia, (2006). **Sentencia No. 972 de la Sala Constitucional** de 9 de mayo de 2006. Ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz. República Bolivariana de Venezuela.