

No sería cuestión compleja el demostrar que en un contexto real de existencia de dos bloques ideológicos funcionales, el principio de proporcionalidad tendría como finalidad la integración de un singulares minoritarios a una mayoría que de por sí representa de suyo una verdadera mayoría absoluta dentro de la asignación de los curules representativos del Parlamento. Aún en los sistemas bipartidistas, la proporcionalidad permite que los partidos pequeños, de existir puedan incluir una representación suya en el Parlamento; sin embargo, los partidos pequeños en Venezuela ya han escogida la homogeneidad parcial a la independencia ideológica, así cabría la pregunta dentro del razonamiento de los responsables de la acción de amparo ¿dónde se encuentran las minorías reales en el sistema de partidos venezolano, que permitan conceptualizar al principio de proporcionalidad como el mecanismo que asegure la inclusión de las minorías autónomas de los dos bloques presentados en el Parlamento?. De esta manera la proporcionalidad estaría condicionada (aunque parezca antinatural de un principio constitucional) por la existencia de la autonomía de un conjunto de partidos (o de al menos uno) que no haya expresado voluntad pública de homogeneidad ideológica con un bloque partidista, entendiendo que puede existir homogeneidad en cuanto los partidos de la oposición estén de acuerdo en desbancar al partido de gobierno, pero no acuerdo en cuanto a desbancarlo de la misma manera, con los mismos instrumentos, y con el mismo plan partidista.

Con ello la escogencia de una alternativa de proporcionalidad no puede, ni debe ser atendida en su consecuencialidad sino en su esencia inicial y a partir de allí las acusaciones de inconstitucionalidad y pérdida de la imparcialidad del órgano rector comicial se entenderían en su justa medida y cualidad derivativa. Cuestión contraria, la escogencia de una alternativa de proporcionalidad puede ser legal y legítimamente aceptada como una decisión imparcial de un órgano imparcial que atiende a los requerimientos constitucionales del orden normativo.

3.3. Sobre la coherencia, la racionalidad y la suficiencia efectiva del razonamiento de la Sala Constitucional.

Afirmaba Guillermo de Ockham que algunas veces cuando la relatividad de los hechos no imprime alguna solución factible, es necesario que la filosofía acuda a su construcción, es decir, cuando la coherencia de los relativos no sea suficiente para escapar parcialmente de la homogeneidad de cantidad de los relativos, existen dos caminos a seguir: por un lado, se puede ser coherente con la filosofía misma e integrar, no sumar, sistemáticamente elementos relativos donde la conclusión del proceso de integración sea una superación, aunque parcial por la esencia de la relatividad, de esa homogeneidad de iguales pesos y determinates; por otro lado, se puede ser coherente con la relatividad misma y dejar a un lado la coherencia con la filosofía del hombre, para que la relatividad infinita y siempre variable hable por sí misma en cada caso particular, pero esto sería como echarse a dormir en un guerra por la vida de nuestra nación, sería dar por descontado que la filosofía y la justicia parten de nuestra coherencia con ellas y no de la coherencia con la relatividad.

Sin embargo, nada más ajeno a las virtudes de la coherencia lógica de la Ockham que las premisas de razonamiento de los magistrados de la Sala Constitucional del TSJ en la materia que le compete a la decisión sobre el amparo constitucional introducido por Jesús Méndez Quijada y Henry Ramos Allup el 12 de agosto de 2005. Las decisiones fueron expresión de una búsqueda de la coherencia en la pasividad de un razonamiento incompleto que no prestó atención a los verdaderos requerimientos políticos y jurídicos de razonamiento inscritos en el contexto de la esfera pública del país. Todas las deficiencias mostradas en nuestro análisis y algunas muchas otras deficiencias técnicas a las cuales atenderíamos sino fuese por su particular inherencia y descaro publicitario, han sido el centro de los elementos del razonamiento expuesto por los magistrados de la Sala Constitucional, cuyo fin es la justificación de la decisión que "declara sin lugar la acción de amparo constitucional intentada por los ciudadanos Jesús Manuel Méndez Quijada y Henry Ramos Allup.

Hemos descrito que la materialidad se ha de superponer a la posibilidad siempre y cuando, en un Estado social y democrático de derecho, esa materialidad no afecte de manera directa y no sea demostrada tal afección de manera concisa y racional. La materialidad de esta declaratoria crítica subyace en la presencia de un conjunto de inherencias y presupuestos que, en vez de ser demostrados y razonados se dan por presupuestos y en vez de ser atendidos se dan o por descontados o se dan como necesarios de obviar para no perder la coherencia del razonamiento mismo. Se determina tal materialidad en la medida en que argumentos críticos e imprescindibles de mencionar en los elementos de razonamiento de la Sala, como los presentados anteriormente son no sólo obviados sino también excluidos en tanto que, la Sala Constitucional decide que las morochas representan un instrumento que no desestima los mandatos constitucional y que la decisión del CNE es acertado en tanto este requerimiento mínimo es cumplido por dicho mecanismo de postulación y designación electoral, y nada más y nada menos.

Podría significar esto un análisis sumamente corto de nuestra parte en tanto que no existen razones que apoyen el razonamiento, pero la crítica se convierte en virtud en la ausencias de racionalidad, en la contraposición de la dialéctica a la coherencia y el culto a la antilustración. Siguiendo a Immanuel Kant, si el Juicio (político y jurídico) es un punto intermedio entre la razón (universal del ordenamiento jurídico) y el entendimiento (de razón particular y de coherencia con la justicia, la libertad, la igualdad y la integridad todos en términos éticos) entonces, como es posible que el paradigma del Estado social y democrático de derecho se detenga en sus mandatos y correlatos jurisdiccionales en los requerimientos mínimos como elementos del razonamiento de justificación y motivación de una sentencia que trasciende el orden jurisdiccional y se inscribe en los destinos de la democracia venezolana. El entendimiento es suplantado por la coherencia con las incompletitudes de los razonamientos de los responsables de la acción de amparo constitucional, la razón se convierte en técnica cuando los mínimos son respetados, y la suficiencia de

la argumentación y la validación se genera de la unificación de ambas incompletitudes, que paradoja!.

Esto representaría un esquema de validación (que no es necesario de aplicar) del Estado liberal de derecho, una sentencia apegada a los constructos existentes, donde las alternativas se convierten en meras utopías puesto que la labor del juez es ser boca de la Ley y no instrumento de la justicia y del respeto y garantía de los derechos fundamentales. Un razonamiento que se inscribe en las premisas fundantes de un débil Estado de Derecho donde las instituciones de jurisdicción no están obligadas a atender todos y cada uno de los requisitos principales, secundarios, terciarios e infinitos de validación de una sentencia, con lo cual se aseguraría un verdadero respeto, materialización y garantía de los Derechos fundamentales. Sin embargo, situación más perversa de la jurisdicción es la generalidad de estas incompletitudes y de la coherencia con lo inconcluso y parcial y no con la trascendencia de la homogeneidad de términos e ideologías particulares.

4. En torno a las sentencias N°24 del 15 de Marzo de 2004 de la Sala Electoral del TSJ y la Sentencia 442 del 23 de Marzo de 2004 de la Sala Constitucional del TSJ que revisa la Sentencia N°24.

Desde el punto de vista normativo-conceptual, las democracias de los países tardocapitalistas y tardo modernos deben ser democracias de orden republicano, donde las instituciones se encuentren, más que sometidas, incardinadas por los principios y garantías constitucionales en su accionar en favor de resolver y decidir en las referencias a intereses contrapuestos e incluso igualmente válidos desde el punto de vista de ordenamiento jurídico vigente, una incardinación hacia el cumplimiento expreso de una cualidad y cantidad superior de estas garantías y materializaciones de los Derechos fundamentales.

En efecto esta demanda de la filosofía social proviene de una doble oportunidad de nuestras democracias, que de no ser utilizadas con las regulaciones político-jurídicas especificadas por el ordenamiento jurídico-constitucional, pueden

traer como consecuencia la materialización, por causa de las flexibilidades generadas a partir de su condición genérica tardía pueden degenerar en la creación de sistemas ausentes de publicidad, de garantía y de respeto al ordenamiento jurídico y administrativo positivo.

Esta doble oportunidad proviene de la doble contingencia producida por aquella condición tardía: por un lado es necesario acudir a la creación de un sistema republicano donde las contradicciones de las instituciones se produzcan en tanto deficiencias a los mandatos constitucionales en cuanto a la sumatoria de una gama de derechos que, aún cuando muchas veces contrapuestos entre sí, complementarios en lo que respecta el deber ser de las instituciones del Estado; por otro lado, resulta necesario que estas contradicciones se encuentren enmarcadas en la más pura esencia del espíritu de las leyes, en el sentido demandado por el Estado de Derecho, quien suscriba a la acción institucional a las normativas prescriptivas más inflexibles que al mismo tiempo, trascendiéndolas pueden servir de fundamento a la construcción de un esquema como el de la contradicción por la seguridad, respeto, garantía y materialización de los derechos fundamentales.

Construcciones contrarias denotan no sólo la debilidad institucional, especialmente de las instituciones de jurisdicción, de hacer frente a los intereses mezquinos de una sociedad en transformación constante, sino la colonización de los fines teleológicos del ser de las instituciones y con ello la corporativización de las contradicciones institucionales en favor de los intereses y supuestos derechos superiores de quienes ejercen poderes políticos ocultos e intervienen en la conformación de las fuerzas legislativas.

Sin embargo, existe la necesidad de una vocación ilustrada de los magistrados de justicia, especialmente de los magistrados de la Sala Constitucional para determinar las derivaciones causales y consecuenciales de estas disposiciones normativas: la revisión de las sentencias N° 24 de la Sala Constitucional y de la N°

442 de la misma Sala, muestran las debilidades institucionales que permiten a las contradicciones de sentencia extenderse más allá de los requerimientos antes mencionados, con lo cual se ha de concluir que, se está en presencia de la inclusión en los presupuestos de motivación de la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia de algunos fines supremos que se convierten en fines no publicitados ni normados explícitamente por el ordenamiento jurídico, o en su defecto, no se ha entendido aún que las contradicciones institucionales y de sentencia se justifican única y exclusivamente en la lógica de la construcción de un mayor grado de cohesión y estabilidad social e institucional a través del reparo y materialización de los derechos consagrados en la Constitución y preservados por el resto del ordenamiento jurídico. Así pues se procede al análisis de las sentencias antes mencionadas, no sin antes advertir que los dos bloques de razonamiento de la sentencia N°24 pertenecen a una disputa meramente institucional por competencia de decisión dentro del Tribunal Supremo de Justicia, cuya consecuencia no se desarrolla en sus derivaciones fácticas en el interior de la misma sentencia y a partir de ella, sino en el interior y a partir de la apertura a una revisión de la Sala Constitucional de la decisión de la Sala Electoral Accidental de validación de las denominadas firmas planas del referendo revocatorio.

4.1. Sobre la decisión N° 24 de la Sala Electoral del TSJ

EL 15 de Marzo de 2004 se interpuso un Recurso Contencioso Electoral, conjuntamente con solicitud de amparo cautelar contra los siguientes actos administrativos: i) Instructivo de Tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la misma persona el 24 de febrero de 2004 y ii) Resolución N° 040302-131 del 02 de Marzo de 2004. Los responsables de recurso alegaban que en las normas de regulación de los procesos de referendo revocatorio existía una explanada condición de una ordenación y legislación ex ante al desarrollo del proceso y que por lo tanto, no se explica como, ante tal afirmación y mandato del ordenamiento el 25 de Noviembre de 2003 mediante una circular interna signada con el número 16, supuestamente se habría

establecido que los electores que pretendieran suscribir su solicitud de convocatoria del referendo revocatorio presidencial, debían asentar, personalmente, los datos relativos a su identificación... mencionada circular no ha sido anunciada, aprobada, discutida ni publicada en la Gaceta Electoral por el Directorio... y que el único conocimiento que de ella se tienen es porque se ha mencionado como base legal... por medio de la cual se pasaron a observación los planillas asistidas o de letra similar.

A esta situación parcialmente "antijurídica" se pretende aplicar en forma retroactiva un reglamento del Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar y Renglones de Planillas Llenadas por la misma persona, afectando directa y negativamente el desarrollo del proceso revocatorio del Presidente de la República; vulnerando claramente el principio de presunción de buena fe, de conservación de los actos electorales, de la protección de la confianza legítima, de presunción de inocencia y de proporcionalidad. Desconociendo a sí mismo, el principio de legalidad y jerarquía de las normas, al pretender darle preferencia a una circular interna que nunca fue publicada sobre las regulaciones destinadas a desarrollar el proceso revocatorio del Presidente de la República implica y genera una clara discriminación, sin razón suficiente o legítima.

Así mismo la aplicación de un instrumento legal como el de la circular interna ha colocado bajo observación las planillas contentivas de firmas de caligrafía similar o renglones llenadas por la misma persona, exigiendo a los firmantes la ratificación de su manifestación de voluntad, con lo cual se adopta una medida, su decir [de los responsables del recurso] ilegal y desproporcionada, al dificultar el ejercicio de su derecho constitucional a la participación política.

De lo anterior se supone que la decisión debe estar incoada de positividad en la medida en que, se ha atentado contra el debido proceso administrativo de legislación electoral, se han violentado los derechos de los ciudadanos a la participación en la medida en que se hubiese permitido que los ciudadanos pudiesen

expresar su voluntad de retirar las firmas en oportunidad de que su nombre hubiese sido utilizado sin su consentimiento sin necesidad de recurrir a la puesta en observación de toda la planilla, se han descalificado las responsabilidades al asumirse que los errores formales de las planillas son adjudicables consecuencialmente a los electores, y no al organismo Rector Electoral. A través de lo antes expuesto se solicita que se declare a lugar la solicitud de amparo cautelar contra la norma no publicitada y las consecuencias de puesta en observación que de ella deviene.

Estas tres aserciones de los responsables de la solicitud si bien proponen una medida que garantice el derecho de los más débiles en una disputa política entre oficialismo y oposición, es decir, que garantice la voluntad de los electores que han solicitado el referendo revocatorio contra el Presidente de la República, su objeción carece de una base epistemológica que sustente con suficiencia la petición de garantía de los derechos constitucionales de los electores. En primer lugar, y razón ha de tener el posterior informe del Consejo Nacional Electoral, en la participación política democrática es el concepto de voluntad y soberanía el que concede validez y legitimidad suprema a la acción de los ciudadanos, la soberanía es intransferible y en tanto, es sólo a través del principio de representación que la soberanía no se transfiere sino que se ejerce de manera responsable e indirecta; por su parte, la voluntad es una condición esencial de los derechos humanos, más que de los derechos ciudadanos, y por ello se encuentran por encima de todos los demás derechos, pero esta supremacía viene acompañada de una característica fundamental de la acción humana, que la voluntad expresada sea parte de una condición esencialmente libre de los que la han expresado, lo que implica la exclusión de cualquier condición de arbitrariedad, guía, subordinación, traba, asignación, control, influencia ante la formación de los parámetros de decisión de la expresión de la voluntad, cuestión que se violenta a cada instante en la sociedad democrática de occidente en la medida en que muchas veces la voluntad no se expresa sobre las alternativas propias de la voluntad sino de voluntades exteriores a ella.

Lo anterior implicaría dos consecuencias epistemológicas que deberían ser aplicables a los requerimientos de los solicitantes de la medida cautelar: el primer lugar, que la asistencia a la publicidad de una voluntad que se inscribe en un dilema de revocatoria de un presidente democráticamente electo, debe ser refrendada por la persona asistida y notariada por los organismos competentes en la materia de manera que la voluntad aún cuando expresada con asistencia, sea legitimada por una voluntad de la voluntad, es decir, por una voluntad que declare la validez y legitimidad de la asistencia, de manera que de una y otra voluntad, se puedan extraer las condiciones de legitimidad tanto de esa voluntad, como de la función de asistencia de los miembros del proceso electoral revocatorio. En segundo lugar, que tal expresión de la voluntad de inclusión de algún componente externo a la expresión personalísima de la voluntad electoral, se realice conviniendo en declarar que dicho componente externo no posee ningún de coacción y/o coerción de ningún tipo, con lo cual se debe establecer que no existe otro elemento comunicativo entre el elector y el asistente, más que la solicitud de aquel a la función de este.

Y aún cumpliendo con estos requisitos quedarían las interrogantes de la aplicación de asistencia justificada en caso de incapacitados, con lo cual se requeriría que la expresión de la voluntad de ser asistido no sea una relación binómica, sino una relación trinómica que incluya a los agentes del poder electoral. Además, esta situación queda refrendada en la facticidad del proceso de revocatorio mismo, cuando la publicidad del proceso adjudicada por el organismo electoral y su directiva, además de por el reglamento sobre referendo, proponía prescriptivamente el carácter personalísimo de la manifestación de voluntad, así como el hecho de que ese carácter fidedigno se predica no sólo con las rúbricas sino también en los datos asentados por el participante.

De manera más concreta, en las disposiciones "los datos de recolección de firmas antes mencionados, deberá ser registrados por el propio firmante previa presentación de su cédula de identidad (aunque esté vencida) ante el agente de

recolección" y en la comunicación publicitada de que "recuerda rellenar tú mismo la planilla con tus datos". Con ello, sería lógicamente imposible y coherentemente aceptable que como expresan los solicitantes ante la necesidad de seguir los mandatos constitucionales sobre la eliminación de las oposiciones a las garantías constitucionales y al desarrollo de los proyectos de vida individuales (voluntad, pluralidad, integridad, igualdad, libertad) no se puede adjudicar validez a un reglamento interno que prescriba condiciones novedosas al reglamento inicial, sería como afirmar que el reglamento de procedimiento de una Ley Orgánica se debería hacer en paralelo sino anteriormente a la hechura de la misma Ley.

Sin embargo, se aduce razón suficiente a la manera que expresa la facticidad de construcción y publicidad del reglamento interno "circular N° 16 del 25 de Noviembre de 2003. Uno de los principios fundamentales del Estado de derecho en general, que es fundamento tanto del Estado liberal de derecho como del estado social de derecho es la publicidad de los procedimientos cuya referencia en vinculante para toda la sociedad, o para el conjunto de derechos contratados constitucionalmente. La publicidad debe ser entendida como requisito fundamental de la destrucción progresiva de poderes ocultos y de formas procesales que no se apeguen a las prescripciones garantistas de los derechos y de los debidos procesos de las instituciones representativas democráticas en general y de las instituciones jurisdiccionales en particular.

De lo anterior se concluye que un reglamento que sirva de base jurídica a la adjudicación de puesta en observación de un conjunto de voluntades expresadas (con las deficiencias antes mencionadas) por los ciudadanos y cuya trascendencia define parte integral de las posibles derivaciones de vinculación y destino de las instituciones representativas del pueblo, en tanto, instituciones influenciadas por el principio de representación por ideologías definidas, posee una legitimidad proporcional a su grado de cumplimiento del debido proceso de publicidad, con lo cual sería proporcionalmente ilegítimo a la oscuridad de su procedimiento legislativo;

y aún cuando la Ley Orgánica del Poder Electoral defina como posible y válida la creación legislativa de los asuntos de participación política del órgano comicial superior, al igual que todas las demás instituciones del estado, es necesario que para lograr la legitimidad de este procedimiento se realice bajo los parámetros prescritos por el ordenamiento jurídico general, entre cuyos elementos se encuentra la publicidad como concepto privilegiado y unívocamente necesario.

4.2. Del razonamiento de la Sala Electoral del tribunal Supremo de Justicia.

A parte de obviar estos elementos de la voluntad y la legislación mencionados en los párrafos anteriores, la Sala Electoral del TSJ adjudica violación de los mandatos constitucionales de legislación de procesos electorales y revocatorios, en la situación de que, la circular del 25 de Noviembre del 2003 creada por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la misma persona si implica una inclusión de un elemento novedoso a la normativa anteriormente legislada con respecto a los procesos de referendo revocatorio. La decisión de la Sala se sustenta en un razonamiento referido no a la publicidad del proceso de legislación y de sus resultados, aunque lo da por sobreentendido, sino porque existe una violación al derecho de igualdad en el preciso momento en que la función de asistencia externa a la expresión personalísima de voluntad queda invalidada por dicha circular N° 16. Se razona que existe violación al principio de igualdad, debido a que, aún en sus incapacidades ellos deben tener y es prescripción de los mandatos constitucionales, acceso a la expresión de su voluntad.

Sin embargo, la complejidad misma del principio de igualdad en todos sus frentes denota una imposibilidad de la incapacidad física y temporal para superponerse a la igualdad de todos los concurrentes al proceso electoral revocatorio. Hablaremos pues de igualdad política de participación electoral, para limitar la acepción sobre la referencia analítica a la igualdad cuando esta sea utilizada. La igualdad es un concepto que denota igualdad simétrica hacia todos por igual, e

igualdad asimétrica de distinciones para denotar iguales distinguibles de otros iguales, en este sentido, los incapacitados serían los iguales asimétricos por su condición genérica de presentar problemas de completitud física para expresar en su individualidad y de manera personalísima su voluntad de participar en favor de la petición de referendo revocatorio al Presidente de la República.

Empero, la asimetría de la igualdad política no disuelve el mandato de que aún asimétricamente, sigue siendo igualdad, de manera que una acción destinada al reparo de la eliminación de las trabas al desarrollo del pleno derecho de los ciudadanos, tiene que ser complementada con una acción dirigida en el mismo sentido, aunque con intensidades que pueden variar, de parte de las instituciones del Estado. Esto debido a que las acciones primigenias destinadas a los incapacitados tiene facticamente consecuencias materiales en el desarrollo de la expresión de voluntad de aquellos ciudadanos que gozan de completitud de sus capacidades para seguir los mandatos del órgano rector comicial, con lo cual, para atender y reparar en el derecho de igualdad como sustento de las premisas de razonamiento, necesaria, más imprescindiblemente las acciones de reparo de los derechos de igualdad de los incapacitados deben cumplir dos requisitos:

1. Un primer requisito sobre el cual se reparó anteriormente que se refiere a la expresión de la voluntad de la voluntad, es decir, a la expresión de que atendiendo a la materialidad comprobada de una incapacidad se exprese el acceso del asistente a una guía más no a una imposición de parte de su voluntad, con respecto a la expresión de la voluntad del concurrente a la firma de la planilla correspondiente.

2. Un segundo requisito hace referencia a la igualdad misma que se ve afectada en el momento de la acción de reparo en favor de la asistencia para el cumplimiento del derecho de igualdad política al acceso a la expresión de la voluntad, esta igualdad se ve materializada en la medida en que una acción institucional destinada hacia unas esferas de justicia y que tenga repercusiones directas en otras esferas, o en su defecto en todas las demás esferas de igualdad, necesariamente debe

ser complementada con una acción de igual sentido y dirección, aunque no necesariamente de igual intensidad por parte de la institución que ya ha reparado en el derecho de igualdad anteriormente, o en su sustitución de una institución de similar jerarquía administrativa.

Al obviar estos requerimientos, el razonamiento de la Sala Electoral del TSJ quedaría sin parte integral de su fundamento y con ello se enfrentaría a lo que posteriormente la Sala Constitucional del ese Tribunal denotó como incompetencia de la Sala para decidir en la materia, alegando extralimitación de funciones. Situación esta que queda complementada en su desviación en el momento en que la referida Sala Electoral con la implicación de una necesidad jurídica de reconstruir la situación primigenia creada por el ordenamiento que regula el referendo revocatorio. Así afirma la Sala que: "con el mismo fin de reestablecer la situación jurídica lesionada [por la Circular N°16] al estado en que se encontraba antes de que ocurriera la violación, mientras se dicte la sentencia de fondo, ordena al Consejo Supremo Electoral desaplique a las firmas colocadas bajo observación (...) el criterio contenido en el instructivo sobre el tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la misma persona (...) que impone la exigencia de ratificación de la manifestación de voluntad de los titulares de esas firmas (denominado reparo negativo)".

Pero en la situación primigenia, los requisitos de la acción institucional que repare el derecho de igualdad, son más que violentados y en esa medida, la misma acción queda impregnada de validez en la medida en que la única referencia de reparo a la igualdad, haciendo referencia a la igualdad asimétrica, corresponde al reparo de los derechos en favor de un conjunto de ciudadanos cuya ideología es claramente el único elemento de unidad y de pertenencia a una misma esfera de igualdad.

I. A partir de allí, no queda otro sentido de acción institucional que aquel referido a la medida contradictoria decidida por la Sala Constitucional de Tribunal

Supremo de Justicia que admite la revisión de la sentencia N°24 antes descrita, la cual resolvió la solicitud de amparo cautelar contra los actos administrativos dictados por el Consejo Nacional Electoral referidos al Instructivo sobre el Tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la misma persona. Los razonamientos de solicitud son simples: la Sala Electoral Accidental incurrió en extralimitación de funciones al pronunciarse acerca del amparo cautelar sin haberse declarado competente, sin admitir la causa principal ni ordenar las notificaciones de Ley. De manera tal que, atendiendo al ordenamiento de las causas admisibles por la Sala Constitucional, declara que "la facultad de revisión persigue garantizar el cumplimiento de la vigencia y respeto de los postulados constitucionales, así como la integridad de la interpretación, en tanto se trata de una Sala con facultades expresas para tal función, concebida como órgano especializado para ello" En esa medida, y aunque de manera extraordinaria, la Sala Constitucional posee potestad para revisar una decisión de una Sala del Tribunal Supremo cuyas consecuencias fueron trascendentes para la institucionalidad democrática del país, a partir de allí la Sala razona:

La Sala Electoral Accidental incurrió en inobservancia de los requerimientos técnico-administrativos que conciernen a la naturaleza y al trámite solicitado, en primer lugar, existe ausencia de justificación de la calificación de la Sala para decidir en el caso concreto que se solicitó. En segundo lugar, no se satisfizo los requerimientos que permiten al Consejo Nacional Electoral plantear la oposición a la presunta cautela decidida por la Sala, la remisión al CNE de la copia certificada de la decisión se hizo con la finalidad de notificarle lo ordenado, y no para que, se lo considerase pertinente, pudiera oponerse a la medida acordada, ya que la referida sentencia ordena el envío del cuaderno separado relativo a la incidencia al Juzgado de Sustanciación para la continuación de la causa. Esto genera necesidad de revisión de la sentencia N°24 de la Sala Electoral en tanto el Consejo Nacional Electoral no tuvo oportunidad de ejercer su derecho a la defensa de una medida que ordena que una de

sus acciones fuere invalidada, tratándolo como una institución cuya subordinación irrestricta y unívoca a las decisiones de este órgano jurisdiccional.

Por otra parte, la Sala Constitucional, sin las derivaciones completamente explanadas del razonamiento esgrimido en este análisis sobre los requisitos de una acción institucional en favor del reparo a los derechos de igualdad política en el caso de la participación democrática, utiliza un razonamiento semejante en el cual, el único elemento de validación de la sentencia N°24, es que la presunta aplicación retroactiva de criterios de validación instaurados en los actos impugnados "podría impedir alcanzar el número de firmas necesarias para convocar el referendo revocatorio presidencial, cuando lo que se debe discutir es que el tratamiento y el reparo del derecho de igualdad, está por encima de la adjudicación de la validez de un conjunto de firmas, en cuanto este reparo está íntimamente relacionado y se sigue del cumplimiento de los requisitos que según el ordenamiento que regula el proceso revocatorio.

Por último, la Sala ratifica la capacidad según Ley del Poder Electoral para desarrollar la normativa que reglamente los procesos electorales y revocatorios a su propio cargo, con lo cual, la acción consecuencial de la circular N°16 del 25 de Noviembre de 2003, tiene, siempre y cuando se haga la salvedad que no es una novedad impresa ni impuesta a la normativa vigente, y haciendo la salvedad de su necesidad anterior a su consecuencialidad de su publicidad demandada constitucionalmente, una ratificación por parte de la Sala electoral. Sin embargo, es necesario acotar la ausencia de un razonamiento sobre estas salvedades, que si bien fueron dadas como presupuestas, deben ser, necesariamente atendidas en el interior del razonamiento, entendiendo que por sus consecuencias políticas, las decisiones deben ser razonadas no sólo en términos técnico-jurídicos, como se han esmerado los magistrados de la Sala Constitucional, sino que tal esmero debe centrarse en la adjudicación de las razones político-constitucionales para declarar nula la sentencia N°24 de la Sala Electoral y ratificar la competencia del Poder Electoral.

4.3. Seis mentiras de la oposición. De las sofisterías de Quirós Corradi y de la estupidez ilustrada de la oposición mediante el abuso de las formas jurídicas.

Exordio

A continuación paso revista a los principales argumentos y/o medias verdades que se han manejado en la oposición política y en algunos sectores intelectuales vinculados a la misma, en relación a las cuestiones técnico jurídicas del referéndum revocatorio presidencial. La presunción de buena fe y el in dubio pro elector, privilegiar la voluntad del elector, la presunción de inocencia, la inversión de la carga de la prueba, los métodos aleatorios y la afirmación de que la resistencia a nuevas fórmulas evidencia la mala fe del trío oficialista, la retroactividad de la ley, y la arbitrariedad.

4.3.1.- La presunción de buena fe del elector.

En primer lugar, se ha dicho que hay que presumir la buena fe del elector, con lo cual, en caso de dudas hay que privilegiar la voluntad del elector. Sin perjuicio de que ese enunciado general sea cierto, no lo es, sin embargo, las consecuencias que *a priori* se quieren extraer de su enunciación. Veamos.

La presunción de buena fe se regula en el Código Civil, siendo materia de Derecho Privado, y cuando se aplica en el Derecho Público tiene implicaciones diferentes, como seguidamente veremos; pero vamos a comenzar con el Derecho Privado.

4.3.1.1.- La presunción de buena fe en el derecho Privado.

En materia de Derecho Privado la presunción en referencia pertenece a la categoría de las reglas sobre la carga de la prueba, siendo la presunción de buena fe una regla singular que introduce una excepción al régimen general que establecen las reglas sobre la carga de la prueba, que, por tanto, se aplica con mucha cautela, fundamentalmente cuando existen obstáculos y dificultades probatorias insuperables para determinar la realidad de un dato fáctico conforme a las reglas generales de

prueba, en las que esta regla singular tiene una clara incidencia. Estas afirmaciones obligan a diferenciar entre la presunción técnico-jurídica y la buena fe como regla sobre carga la prueba.

La primera consiste, conforme al artículo 1395 del Código Civil, en partir de un hecho X absolutamente cierto (de suma certeza) para evidenciar un hecho Z desconocido y establecer una consecuencia jurídica, es decir, consiste en determinar la certeza de un hecho X para, sobre la base de esa certeza, dar por probado un hecho Z que no ha sido objeto de prueba pero que, por guardar una relación lógica con el primero (X), se da por probado Z si se ha establecido la certeza de X.

De modo que, de acuerdo a esto en el caso de las planillas planas no se puede hablar de presunción jurídica, porque, primero, dichas planillas no han producido certeza del hecho ocurrido (pues hay aproximadamente 380.000 firmas de muertos, de menores de edad y de venezolanos que están en el extranjero), y segundo, porque aquí nadie está tratando de determinar la certeza de un hecho X para atribuir consecuencias jurídicas a un hecho Z: no se trata de ese mecanismo probatorio indirecto; de lo que se trata es de determinar la certeza o no de las planillas planas (hecho X) para atribuir consecuencias jurídicas a la prueba o ausencia de prueba de ese mismo hecho X, es decir, la validez o no de las firmas sujetas a reparo.

En relación a la buena fe como regla de carga de la prueba lo que se quiere indicar es que para ciertas relaciones jurídicas (como en el caso de la posesión necesaria para adquirir un bien por prescripción adquisitiva, que requiere:

a.- la posesión del bien,

b.- por más de diez o veinte años según lo diga la ley, y

c.- posesión de buena fe) se entiende que la buena fe existe sin necesidad de prueba, es decir, que se admite que se tenga por existente un

presupuesto fáctico (en el ejemplo de la prescripción adquisitiva: la posesión de buena fe) sin necesidad de prueba alguna de la buena fe sino de su contrario: la mala fe; y esto ocurre por necesidades de técnica legislativa, según la cual ante la imposibilidad de probar la buena fe el legislador lo que en realidad se propone es que no exista mala fe en la posesión y que lo que haya que probar para impedir la prescripción adquisitiva sea la mala fe.

Por esta razón es que en el Derecho Civil, en casos como estos, existe una exoneración de la prueba de la buena fe, ya que “sin otra suposición previa, cambian por completo el tema y la carga de la prueba, de modo que la parte (adquirente) se libra de la prueba y la carga correspondiente pesa sobre su adversario”²⁵ (en el ejemplo dado arriba, correspondería la carga de probar a quien se opone a que el poseedor adquiera el bien por prescripción adquisitiva). Es decir, la presunción de buena fe en Derecho Civil *determina la exención de prueba de una afirmación que, por imperio de ley, se considera acreditada en el proceso salvo que fuera aportada la prueba de un hecho que le fuera incompatible*²⁶.

En síntesis: la presunción de buena fe en Derecho Civil constituye un mecanismo excepcional que altera el régimen general de la prueba al introducir reglas singulares (excepciones) sobre la carga de la prueba que llevan a no exigir una conducta activa en materia probatoria por parte del beneficiario de la presunción de buena fe, es decir, esas reglas singulares no están orientadas a fijar con carácter general quien debe soportar el peso de la prueba en un determinado proceso o procedimiento, dado que su ámbito de aplicación se reduce a hechos muy específicos, como el caso de la prescripción adquisitiva que indicamos arriba, *sobre los que se*

²⁵ Rosenberg, L.- *La carga de la prueba*, trad., española de E. Krotoschin, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956, pág., 187.

²⁶ Cfr., Serra Domínguez, M.- en AA. VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo XVI, Vol. 2º, Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid, pág., 594.

producen excepciones singulares al régimen general de prueba, por razones de dificultad probatoria que llevan a la imposibilidad de probar la buena fe como requisito para la adquisición de un bien o de un derecho.

Establecido lo anterior, es importante advertir que las pretensiones de la oposición de aplicar las anteriores reglas sobre presunción de buena fe al caso de las firmas necesarias para la convocatoria al referéndum revocatorio presidencial si que implicaría invertir la carga de la prueba, por lo que a continuación se explica:

1.- Las reglas sobre prueba que proceden en el caso de las firmas para convocar el referéndum revocatorio presidencial son las ordinarias y generales sobre la materia, según la cual quien afirma algo debe probarlo: en este caso, los firmantes convocados por la oposición.

En esta misma perspectiva, también se pueden utilizar las reglas generales sobre la carga de la prueba en su versión moderna, es decir, acogiendo la doctrina de la facilidad probatoria, según la cual soporta el peso de aportar la prueba que aclara la controversia quien tenga más cercanía con ella y, por tanto, mayor facilidad de aportarla; y en este supuesto, evidentemente, también le corresponde probar a los firmantes convocados por la oposición la pretensión que mantienen, esto es, de querer convocar a referéndum revocatorio presidencial mediante la recolección del número de firmas necesarias para ello, válidas sin ninguna duda razonable.

Este es el régimen de prueba que procede porque, además de ser el ordinario y general, en el caso de las firmas para la convocatoria a referéndum no estamos ante un supuesto que haga procedente aplicar un régimen excepcional de prueba como el que surge de la buena fe como regla de carga de prueba, ya que quienes están intentando una pretensión, en este caso quienes están a favor del referéndum revocatorio presidencial, ni están imposibilitados para proceder a verificar el

fundamento de su derecho ni la legislación que rige los referendos revocatorios ha establecido un régimen excepcional en materia probatoria.

2.- Ahora bien, en lugar de acoger el régimen probatorio indicado en el punto núm., 1, la oposición pretende que se aplique más bien las reglas inversas en razón del principio de la buena fe del Derecho privado, esto es que la prueba la produzca el CNE o que pruebe quienes nos oponemos a la convocatoria al referéndum revocatorio presidencial, pretendiendo imponer a la parte contraria a la oposición (o al CNE) la prueba de un hecho negativo que, por las mismas dificultades de prueba que se presentan en este tipo de hechos, no se recomienda ni en la doctrina jurídica ni en el derecho. →

De modo, pues, que se les olvidó a la oposición, o quizá lo ocultan subrepticamente para inducir a confusión con el abuso de las formas jurídicas, que en el caso de los referendos revocatorios no estamos en materia de derecho privado y, por tanto, aquí no hay que embargar a nadie, aquí no hay que proteger los dineros de nadie, no hay que proteger el deseo de adquirir una propiedad privada de ningún poseedor de buena fe, que es el ámbito de relaciones que protege el Derecho Privado; aquí estamos no en el Derecho Privado sino en el Derecho Público y de lo que se trata no es, como en Derecho Privado, de la propiedad privada y de la buena fe negocial y monetarista de nadie, no se trata de la buena fe que *informa* el régimen general de los contratos de derecho privado y de los derechos reales referidos a la posesión, su adquisición y efectos, en los que *la buena fe es o presupuesto de atribución de derechos, o de regulación del ejercicio de los derechos o causa de atenuación de efectos jurídicos desfavorables*²⁷, o bien, *regla de inversión de carga de la prueba*. Se trata, más bien, de proteger los derechos políticos de todos los ciudadanos venezolanos a través de decisiones transparentes y que se correspondan con la verdad

²⁷ Cfr., González Méndez, A.- *Buena fe y Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág., 48.

de lo sucedido en las dos recolecciones de firmas para convocar a referendos revocatorios: para diputados de la oposición, por un lado, y para diputados del gobierno y Presidente de la República, por el otro.

Pero incluso, si nos remontamos al derecho civil, como parece ser el criterio de la oposición al invocar la presunción de buena fe, en esta “no se atiende tan sólo a la confianza que haya originado la declaración en quien la reciba, sino que se valora la conducta de todos los que, participando en él, dan lugar al negocio. De modo que el principio de la buena fe se considera como auténtico principio que, recibido de la Moral por el Derecho, debe predominar o sustituir a los intereses lógico-formales o incluso respecto al uso de la confianza”²⁸. En consecuencia, “cuando la disconformidad entre voluntad y declaración sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, en virtud de los principios de responsabilidad y protección de la *bona fides*”²⁹. En esta perspectiva, el Código de Procedimiento Civil es claro cuando señala, en su artículo 445, que negada la firma le corresponde a la parte que promueve el documento demostrar la autenticidad de la misma.

En el Derecho Administrativo, que trataremos en el epígrafe que sigue, el principio general de buena fe de las actuaciones de los administrados con la administración (de los electores con el árbitro electoral), no rige como regla general el requisito del derecho civil de la coincidencia entre voluntad declarada y voluntad real interna, sino que *los actos son eficaces en cuanto aparecen exteriormente del modo exigido, aunque la disposición interior no coincida con su exteriorización*³⁰.

²⁸ De Castro, F.- *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág., 60.

²⁹ De Castro, F.- *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág., 60.

³⁰ Cfr., González Pérez, J. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, tercera edición ampliada, monografías civitas, Madrid, 1999, pág., 129.

De allí que, si este criterio fuere sido aplicado sin más por el CNE entonces no se hubiese abierto la oportunidad de verificación sino que, ante la duda razonable, la firma objeto de verificación hubiese sido anulada; sin embargo, para hacer el proceso de la manera más transparente posible y resolver, en casos de duda entre voluntad y declaración, a favor del elector es por lo que, con buen criterio jurídico el CNE ha procedido a la apertura del proceso de verificación.

4.3.1.2.- La presunción de buena fe en el Derecho Público.

Lo dicho en los párrafos antecedentes, es decir, la diferencia entre la protección de los derechos objeto de tráfico jurídico de carácter negocial en el Derecho Privado y la protección de derechos políticos en el Derecho Público, confirman lo que ya anunciamos al comienzo, esto es, las distintas implicaciones de la presunción de buena fe en el Derecho Privado y en el Derecho Público. Por tanto, corresponde ahora referirnos a este último, pues la buena fe es “distinguible según la concreta función que esté llamada a desempeñar por las normas que la invocan y los efectos que haya de producir”³¹, con lo cual, va de suyo no sólo que los efectos que por vía de buena fe se invocan en el Derecho Civil no son aplicables en balde al Derecho Público, sino también que, en Derecho Público, la función de la buena fe y las consecuencias que de ella se deriven dependerá de las normas del Ordenamiento jurídico administrativo que resulten aplicables a la controversia que se dirima.

También importa resaltar, por un lado, que “para apreciar si una persona actúa de buena fe hay que analizar las motivaciones y las exteriorizaciones de su comportamiento; pero a tal fin es preciso que tenga encaje en el modelo de conducta que en el plano de las estimaciones ético-sociales asumidas por el Derecho sea calificable como tal”³², y por el otro, que *la buena fe representa el componente ético*

³¹ Cfr., Hernández Gil, A.- *Conceptos jurídicos fundamentales*, tomo I, obras completas, Espasa Calpe, Madrid, 1987, pág., 561.

³² Cfr., Hernández Gil, A.- *Conceptos jurídicos fundamentales*, tomo I, obras completas, Espasa Calpe, Madrid, 1987, pág., 561 y sigs.

*jurídico del principio de confianza, que demanda un respeto recíproco en las relaciones jurídicas, respeto al otro en el ejercicio de los derechos, y, en todo caso, el comportamiento que se puede esperar entre los sujetos que intervienen honestamente en el tráfico jurídico en general*³³.

La buena fe es una idea rectora en la aplicación del ordenamiento jurídico público y como principio general contribuye a aportar los criterios directivos que acerquen el derecho a la realidad social mediante la consideración e implementación de los valores aceptados por la comunidad como reguladores de las relaciones humanas³⁴; por tanto, la buena fe es un criterio de ordenación, construcción, interpretación y aplicación jurídica³⁵, fundamentalmente en el ámbito judicial de los tribunales, y así, *se erige, a través de la protección de la confianza legítima, como sistema de defensa del ciudadano frente a las actuaciones administrativas, encontrando su ámbito natural de actuación en el régimen de anulación y revocación de actos administrativos, y derivándose del mismo la protección de la permanencia y la continuidad de la situación existente o la posibilidad de su cambio en determinadas condiciones*³⁶, esto es, cuando haya existido violación a esa confianza legítima en cualquiera de sus dos vertientes: buena fe que genera la confianza y la buena fe como comportamiento leal³⁷. Esta buena fe, asociada a la

³³ Cfr., Larenz, K.- *El principio de la confianza. La buena fe*, en *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, págs., 95-96.

³⁴ Cfr., González Méndez, A.- *Buena fe y Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág., 41.

³⁵ Cfr., González Méndez, A.- *Buena fe y Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág., 42; González Pérez, J.- *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 3ª edición ampliada, Civitas, Madrid, págs., 77-88.

³⁶ Cfr., Castillo Blanco, F. A.- *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs., 107-199.

³⁷ Cfr., González Méndez, A.- *Buena fe y Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág., 191.

idea de creencia y confianza con imbricaciones en el Derecho público, interviene en el marco de dos mundos de relaciones e intereses jurídicos distintos y, muchas veces, hasta contrapuestos, el de la Administración y el de los administrados, que conviene tratarlas separadamente, como lo hacemos a continuación.

En esta perspectiva, el Decreto-Ley de Simplificación de Trámites Administrativos recoge el principio de buena fe y resalta que cuando exista contradicción (oposición) dentro de un procedimiento administrativo quien promueve un instrumento deberá ratificarlo; de modo que, a estos efectos, se ha de distinguir un procedimiento administrativo sin oposición de otro procedimiento administrativo con oposición, porque en éste último, como acabamos de decir, quien promueve un instrumento deberá ratificarlo. Pero todavía con mayor claridad: el referido Decreto-Ley³⁸ establece expresamente en su **Artículo 9** lo siguiente:

“De acuerdo con la presunción de buena fe, los trámites administrativos deben mejorarse o rediseñarse para lograr el objetivo propuesto en la generalidad de los casos y no para cubrir las posibles excepciones al comportamiento normal del ciudadano. En consecuencia, en todas las actuaciones que se realicen ante la Administración Pública, se debe tener como cierta la declaración del administrado, salvo prueba en contrario”.

Conforme a esta disposición, no puede aplicarse la presunción de buena fe cuando hay una conducta excepcional y anormal frente al Ordenamiento jurídico. Y aquí hay que resaltar que si el Ordenamiento jurídico referido al referéndum dice que el hecho de firmar es un hecho personalísimo, que todos y cada uno de los ítems debían ser llenados por la persona interesada en solicitar el referéndum, pues si este

³⁸ Decreto N° 368, con rango y fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, publicado en Gaceta Oficial N° 5.393 Extraordinario del 22 de octubre de 1999.

mecanismo normal no ha sido seguido sino que, antes bien, se ha seguido, en el caso de las planillas planas, otro procedimiento excepcional, entonces no podemos hablar aquí de invocación de la presunción de buena fe para amparar excepciones a lo que, conforme a las normas que son de aplicación a los procesos referendarios, constituye el comportamiento normal del ciudadano.

4.3.1.2.a.- La buena fe de la Administración.

Desde esta perspectiva, el CNE cumple con la buena fe si sigue la conducta propia y normal del poder electoral, que sirve de arbitro en los procesos de referéndum revocatorio, y la conducta propia y normal como órgano administrativo inscrito dentro de la función pública del Estado venezolano, cumpliendo sus actividades y funciones sin apartarse de la más estricta legalidad ni desviarse de los fines que justifican su actuación, que no son otros que dirimir la contienda con imparcialidad y tomando decisiones que se correspondan con la verdad que resulte de las firmas válidas, previa verificación de las mismas.

En definitiva, el CNE acata y sigue en su actuación lo pautado por la buena fe como idea rectora en la aplicación del Ordenamiento jurídico electoral cuando, para cumplir sus funciones, pida de los particulares lo que sea necesario para cumplir con sus finalidades institucionales como arbitro electoral, en el lugar y en el momento adecuado en atención a las propias necesidades institucionales dirigidos a alcanzar una decisión transparente, legítima, que se corresponda con la verdad y, además, que sea lo más clara e inequívoca posible en la salvaguarda de los derechos políticos de los electores de Venezuela, tutelando al unísono tanto el derecho de los que quieren un referéndum revocatorio presidencial como el derecho de los electores que, por apoyar al Presidente, no quieren referéndum revocatorio presidencial.

Y es que *la tutela jurídica que debe dar el CNE comprende tanto el derecho de los que están a favor como el derecho de los que están en contra del referéndum revocatorio presidencial* porque el arbitro no está para asegurarle, de manera

exclusiva y excluyente, el derecho político sólo a una de las partes: la parte que quiere realización del referéndum revocatorio, como parece que han pretendido algunos rectores; porque esa no es su función; su función es convocar con justicia y con imparcialidad el referéndum si se cumple con los requisitos exigidos para activarlo, y en el procedimiento que nos conduce por esos derroteros existe el interés de los que desean convocarlo pero también el derecho legítimo de todos los electores que desean que no se convoque, y ambos grupos políticos en competencia requieren y demandan con toda legitimidad la protección del árbitro.

De manera que esas declaraciones de que está en peligro el referéndum parecieran partir de la premisa implícita que el referéndum se tiene que dar a pesar de que no se cumplan los requisitos, y eso sí que viola la buena fe que debe presidir la actuación de todos los rectores del ente comicial, pues en ese interés exclusivo por la defensa del revocatorio presidencial se está discriminando el derecho de los electores que no quieren que ese mecanismo se active y, de paso, se manifiesta una evidente parcialidad política de los rectores que entienden que su función *es facilitar la voluntad del referéndum revocatorio y, por tanto, manifestarse a favor de la voluntad de quienes quieren que se active ese mecanismo*; los rectores no están para eso, porque ellos no son facilitadores de nada sino *árbitros de un proceso en el que existe una competición entre grupos políticos con intereses contrapuestos*, en cuya diatriba el árbitro no está a favor ni en contra de ninguno, sólo regula el proceso y lo que facilita no es la realización del referéndum sino los mecanismos para que ambos grupos políticos (gobierno y oposición) participen en su competencia con reglas de juego paritarias, y sólo si, como resultado de esta competición, resultan cumplidos los requisitos establecidos por las reglas de juego para hacer la convocatoria, entonces el árbitro debe convocarla, pues otra cosa distinta a esta sería inadmisibles: Imaginémonos un juez penal, que es el árbitro en el proceso penal, interviniendo en el proceso para que los mecanismos punitivos del estado sancionen al imputado a pesar de lo que sea y cueste lo que costare, o interviniendo en dicho proceso para que la

libertad nunca sea limitada. Se trataría evidentemente de un juez penal parcializado que no procede de buena fe.

Por esta razón, también es importante determinar cuándo (en qué casos) el órgano comicial (o mejor dicho, algunos de sus miembros) se aparta de la buena fe, porque por allí se ha corrido el rumor de renuncia de algunos de los miembros del CNE. Observemos lo que dice FERNANDO SAINZ MORENO, Catedrático de Derecho Administrativo en una Universidad española, quien al hablar de la buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados, destaca que *“el principio jurídico de la buena fe protege un bien, el valor ético social de la confianza jurídicamente válida frente a cualquier lesión objetiva que pueda sufrir, haya sido o no maliciosamente causada. Un acto es contrario a la buena fe cuando produce una lesión, cualquiera que sea la intención del causante”*³⁹.

Esto es muy importante, porque en caso de renuncias de rectores no sería aventurado hablar de que se causa una lesión a la realización de una de las funciones del estado (regulación del desenvolvimiento de los procesos que conduzcan, o no, al referéndum), que, aunque se pueda subsanar porque están otras instituciones que se encargarán de incoar los mecanismos necesarios y llenar las vacantes, sin embargo queda muy entredicha la conducta de quienes renuncien por el simple desacuerdo con las decisiones del órgano colegiado; y también se causa una lesión si en la mente de alguno de los rectores del CNE lo que pulula es que el revocatorio presidencial se tiene que dar así no se cumplan los requisitos, porque en este caso lo que cabría preguntar es: ¿y la tutela de los derechos de los electores que no quieren referéndum revocatorio presidencial cómo queda?; porque hay que aclarar, insistimos, que el arbitro electoral lo es tanto de los que quieren como de los que no quieren el referéndum revocatorio presidencial, de allí que la única manera de tutelarlos a todos

³⁹ Sainz Moreno, F.- *La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados*, en *Revista de Administración Pública*, núm., 89, Madrid, 1979, pág., 314.

es determinando bien y despejando adecuadamente toda duda para llegar a la verdad, es decir, cuál es la voluntad popular.

En conclusión: el CNE en su condición de arbitro electoral, obligado por la normativa administrativa a proceder de buena fe en el ejercicio de sus actuaciones y en la toma de decisiones, tiene el deber de tutelar los derechos de las dos partes en competición, a favor una y en contra otra, por el referéndum revocatorio presidencial. Desde esta perspectiva, si el CNE validara firmas sobre las que existen dudas razonables sin los reparos correspondientes violaría el principio general de la buena fe y, también, violaría el *principio constitucional de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley al privilegiar inadecuadamente los derechos de los individuos y grupos políticos que están a favor del referéndum revocatorio presidencial discriminando los derechos de los individuos y grupos políticos que no quieren el referéndum revocatorio presidencial. No ha de olvidarse que es obligación del Estado, por conducto tanto de las Administraciones Públicas como de los distintos poderes del Estado, promover la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos y grupos ante la Ley y en el ejercicio de sus derechos constitucionales.*

4.3. 1.2.b.- La buena fe de los administrados (los electores).

También encontramos, por otra parte, el correlato necesario de la actuación del órgano electoral, a saber, los administrados. Es decir, la realidad administrativa nos presenta dos polos netamente diferenciados y rígidamente separados: la Administración (en este caso, el CNE) y los administrados (en este caso, los electores). *La aplicación de la buena fe conllevará, por otra parte, “la confianza de la Administración en que el administrado que con ella se relaciona va a adoptar un comportamiento leal en la fase de constitución de las relaciones, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones frente a la propia*

*Administración y frente a otros administrados*⁴⁰. Como ha dicho F. SAINZ MORENO, Catedrático de Derecho Administrativo, “la buena fe de la Administración frente al ciudadano consiste en la confianza de que éste, no sólo no va a ser desleal con el comportamiento honesto de la Administración, sino que tampoco va a utilizar a la Administración para obtener en su beneficio resoluciones contrarias a la buena fe de otro ciudadano”⁴¹.

De aquí se deriva que las exigencias de la buena fe del elector, de lo que tanto alardea la oposición, son muy distintas a las que ellos, amparándose en un abuso de las formas jurídicas, quieren imponerle al árbitro y hacerle creer a todos los venezolanos, pues lo que acabamos de reseñar como exigencias de la buena fe no sólo no se parece en nada a lo que ha dicho la oposición en esta cuestión, sino que además lleva a consecuencias muy diferentes a las que ellos pretenden inferir de la buena fe que invocan.

En efecto, las referidas consecuencias, muy diferentes a las apuntadas por la oposición, apuntan en el sentido de que las exigencias de la buena fe *no sólo no impide* la investigación cuando existen dudas respecto a los actos que quieren producir los particulares, *sino que también impone* a los particulares la necesidad, y la carga, de aclarar y/o subsanar dichos actos para poder, en base a la certeza, atribuir las consecuencias jurídicas que correspondan; en el caso del referéndum, convocar al mismo si se han cumplido los requisitos exigidos y decidir la no convocatoria en caso contrario.

Pero en esto de la buena fe, también es importante *diferenciar entre la buena fe de los ciudadanos venezolanos firmantes*, que todos merecen respeto y confianza

⁴⁰ González Pérez, J. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, tercera edición ampliada, monografías civitas, Madrid, 1999, pág., 92.

⁴¹ Sainz Moreno, F.- *La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados*, en Revista de Administración Pública, núm., 89, Madrid, 1979, pág., 311.

porque han procedido de buena fe, y *la mala fe de los representantes de la llamada oposición*, que no son confiables porque han incardinado una serie de actos que incluyen hasta el golpe de estado de abril del 2002, razón por la cual, a la vista de sus reiteradas acciones insurreccionales, no podemos presumir que están preñados de buena fe, máxime cuando existen muchas evidencias que permiten albergar dudas respecto a la buena fe en la entrega de las firmas, que todas parecen indicar que salieron bien infladas y aumentadas de sus laboratorios en los días que las retuvieron en su poder hasta que las entregaron al CNE. En conclusión: en la buena fe de los firmantes se confía más no en la buena fe de los que entregaron las firmas, por tres razones:

- 1.- porque son los mismos que dieron el golpe de estado,
- 2.- porque fracasando en el golpe de estado acudieron al golpe petrolero y jugaron al desabastecimiento alimentario, apostaron al irrespeto a las instituciones democráticas incluyendo llamados a la desobediencia tributaria, y
- 3.- porque, en fin, con toda irresponsabilidad y para evadir la acción de la justicia salen corriendo a esconderse en Washington después de dar golpes de estado, golpes petroleros y hacer llamados insurreccionales.

Además, la buena fe es una cuestión subjetiva que por múltiples razones, el derecho civil y el derecho administrativo han tratado de objetivar en las relaciones negociales y en las relaciones entre los particulares y la Administración, entre otras razones por la necesidad de controlar intersubjetivamente (mediante parámetros objetivos) la voluntad de los ciudadanos y por la búsqueda de la debida pulcritud de los actos públicos que tienen consecuencias jurídicas y políticas.

Por tanto, no estamos en un ámbito que imponga privilegiar el fuero interno de los ciudadanos sino la manifestación externa de sus voluntades reflejadas en la

declaración (esto es, en la firma de la planilla), y para no caer en un acto de objetivación que prescinda del ciudadano que ha manifestado su voluntad, esto es, el examen de la planilla en donde aparece estampada la firma y la huella dactilar junto con los demás datos, es por lo que se hace procedente el reparo, porque lo contrario implicaría otorgar consecuencias políticas y jurídicas a un supuesto no verificado, esto es, que el sujeto firmó a favor del referéndum revocatorio presidencial, sin que realmente sepamos si eso es cierto o no.

En síntesis, de una parte, la buena fe que hay que proteger no es de carácter *subjetiva* sino de carácter *objetiva*, para lo cual se requiere, en casos de dudas razonables que se puedan aclarar, proceder a la verificación; de otra parte, la buena fe objetiva a proteger con el propósito de salvaguardar los intereses colectivos y la tutela de los derechos de los ciudadanos en un marco de pluralismo político pasa por considerar, como ya se ha indicado reiteradamente, dos valores antinómicos: los derechos de los ciudadanos cuya opción política de preferencia se proyecta a favor del referéndum revocatorio presidencial, como las preferencias políticas de otro grupo de ciudadanos que se manifiestan en contra de esa opción y prefieren la continuidad del mandato presidencial; de manera que presumir una buena fe subjetiva a favor de las firmas recolectadas para convocar el revocatorio presidencial y, como consecuencia de ello, tomar una decisión que convoque a referéndum revocatorio presidencial sin hacer las verificaciones correspondientes, que determine la realidad de la verdadera voluntad popular, sería vulnerar los derechos de quienes prefieren la opción contraria, y viceversa, decidir que no hay referéndum revocatorio presidencial sin los elementos de confirmación suficientemente depurados de cara a determinar cuál ha sido la referida voluntad popular respecto al referéndum revocatorio presidencial, sería privilegiar al grupo de ciudadanos que prefiere optar por la no realización del referéndum revocatorio al Presidente. Y cualquiera de estas dos decisiones, entre otras incorrecciones, vulneraría la buena fe.

Esto es así porque si lo propio se exige para un campo de mayor rigor y exigencia como el Derecho penal, con mayor razón en el ámbito de los derechos y libertades políticas de los ciudadanos, propia del pluralismo político: en efecto, en el ámbito penal no sólo juega la presunción constitucional de inocencia para proteger al acusado sino también el derecho a tutela judicial que funciona a favor de la parte acusadora, derecho fundamental que le asiste a las víctimas de un delito⁴², y que consiste en el derecho de obtener una providencia judicial del estado que haga justicia ante el supuesto ilícito penal cometido.

De modo que en estos casos existes *dos derechos en conflicto*: el de *la presunción de inocencia del imputado*, que lucha por preservar *su libertad*, y *la tutela judicial efectiva de los familiares de la víctima* del ilícito penal, que luchan por conseguir del Estado una providencia judicial que haga *justicia* en el hecho cometido y, al efecto, *prive de la libertad* a quien haya incurrido en su comisión. Y este conflicto se dirime mediante la determinación en juicio de la verdad de lo ocurrido para ver cuál de los derechos debe ceder a favor del otro. De igual forma ha de procederse en el ámbito electoral.

Es importante resaltar que las posibilidades de la buena fe como concepto y criterio aplicable en el Derecho Público sólo empiezan a construirse y tienen que ver, fundamentalmente, con el ámbito de la interpretación judicial del Derecho (en los Tribunales), y en relación a la seguridad jurídica y a la suficiente motivación racional de algunas actuaciones judiciales de interpretación correctora de la ley, ambas a la luz de la buena fe como concepto que encarna “los valores éticos imperantes en la conciencia jurídica actual”⁴³.

⁴² Cfr., Igartua Salaverría, J.- La motivación de las sentencias, imperativo constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Serie Cuadernos y Debates, núm., 149, pág., 56.

⁴³ Auto del Tribunal Constitucional español núm., 249/1995.

4.3.1.2.c.- La buena fe y la presunción de legitimidad de los actos administrativos.

Dado que se trata de una cuestión que pulula en los aledaños de la buena fe, conviene referirse a la presunción de legitimidad de los actos administrativos, que intenta fortalecer la posición de la Administración en torno a la ejecutividad de los actos emanados de ella. Lo que interesa aquí es la discusión respecto a los efectos jurídicos que van asociados a dicha presunción de legalidad y legitimidad, en el sentido de determinar si el precepto en cuestión faculta al interesado para accionar instando a la revisión del acto dictado, o si junto a ello, debe además aportar la prueba que enerve lo afirmado por el órgano administrativo (que goza de la presunción de legalidad).

En Derecho Administrativo la presunción de legalidad presta su servicio a la ejecutividad y eficacia de los actos administrativos, es decir, al principio de autotutela administrativa, tal como lo ha señalado E. García de Enterría⁴⁴.

Así entendida la presunción de legalidad, implica, simplemente, desplazar la carga de accionar al administrado⁴⁵, no la carga de la prueba; de manera

⁴⁴ Esta presunción constituye, al decir de E. García de Enterría y T. R. Fernández, "una técnica formal para imponer el inmediato cumplimiento de las decisiones administrativas, consagrando una capacidad de autotutela a la Administración y dispensándola de la necesidad de obtenerla de los Tribunales, pero sin que ello suponga excluir la eventual y posterior intervención de éstos" (Curso de Derecho Administrativo, tomo I, pág., 510). Para M. C. González Grimaldo, el que la presunción de validez, del acto administrativo, se funda en la especial situación de la Administración en las relaciones jurídicas no parece que admita ninguna duda, pues considera que "es obligada consecuencia de otro principio de gran prevalencia en el Derecho Administrativo de hoy, el principio de eficacia. Es como un tributo que el administrado ha de satisfacer en correspondencia a una Administración eficaz y diligente. Es una derivación de la propia naturaleza de las cosas como contrapeso de una Administración instrumento del Estado para la consecución de sus fines. Todo ello ha de admitirse como aceptable, sin que se violen valores superiores como el de justicia, que puede ponerse en peligro cuando sobre él se superponen otros principios de rango inferior; y eso ocurre si esa presunción adquiere caracteres dogmáticos" (Potestad Sancionadora y carga de la prueba, RAP núm. 53, INAP, Madrid, 1967, pág., 20).

⁴⁵ Esta posición, que hoy es mayoritaria, era ya sostenida por F. Sainz de Bujanda, quien destacaba que respecto a la presunción de legitimidad de la actividad de la Administración, "hoy se piensa que (...) determina únicamente en el orden procesal la inversión permanente de la carga de la posición de la Administración pública, que siempre será demandada, por lo que al particular siempre

que al administrado en su acción impugnatoria le bastará con invocar la falta de prueba de los hechos a los que se le atribuyen determinadas consecuencias jurídicas para invalidar el acto ejecutorio dictado por la Administración⁴⁶, y la carga de la prueba ha de ser sometida a las reglas generales sobre la materia.

Evidentemente, impugnar no basta con decir que existe falta de prueba, pues si así fuera entonces todos los actos se impugnarían con el sólo hecho de decir: me opongo; y eso, en alguna medida, alteraría la ejecutividad de los actos de la Administración. De ahí que, como señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “la presunción de legalidad del acto opera en tanto que los interesados no la destruyan, para lo cual tendrán que impugnarlo mediante las vías de recurso disponibles y justificar que el acto, en realidad, no se ajusta a derecho”, por lo cual, “el administrado tendrá la carga de impugnar esta decisión y de justificar su ilegalidad”⁴⁷.

Ahora bien, este aspecto no es el que ahora incumbe a la diatriba del CNE y la oposición, pues estas reglas regirán cuando el CNE dicte el acto Administrativo definitivo que cause estado entre las partes del revocatorio, oportunidad en la que, si una de las partes considera que el acto administrativo es ilegal o ilegítimo, puede impugnarlo siguiéndose al efecto las reglas, y las consecuencias, que de la presunción

incumbe la carga de impugnar la actuación de la misma” (Notas de Derecho Financiero, tomo I, vol. 3º, Seminario de Derecho financiero, Universidad de Madrid, 1975, pág., 461).

⁴⁶ Al hilo de la cuestión que referimos en el texto, E. García de Enterría y T. R. Fernández destacan que la Administración es titular de la carga de la prueba con normalidad en el plano material de las relaciones, de modo que si la ha desatendido y no obstante ha dado sin prueba por probados determinados hechos la decisión que adopte será inválida, para concluir señalando que “la autotutela declarativa de que se beneficia la Administración desplaza, pues, la carga de accionar a la otra parte, gravada con la necesidad de poner en movimiento una acción impugnatoria para destruir la eficacia inmediata que, por su sola fuerza, alcanzan las decisiones administrativas, pero esto no implica que se dé un desplazamiento paralelo de la carga de la prueba, carga esta última que con normalidad corresponde a la Administración, incurriendo en un vicio legal y constitucional el acto que la desatiende en este supuesto” (*Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, op., cit., págs., 510-511).

⁴⁷ García de Enterría y Fernández, T. R.- *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, op., cit., págs., 510

de legalidad y legitimidad de los actos administrativos se derivan, que no son otras que las que acabamos de exponer.

En este ámbito, la presunción de legitimidad del acto lo que permite y facilita es la realización de las actividades de la Administración Pública y le da carácter de ejecutividad a los actos por ella dictados, y, por tanto, permite ejecutar las decisiones que toma la Administración. Pero de aquí no se deriva que la buena fe o la presunción de legitimidad blinden de inmunidad a lo que haya realizado la Administración y lo realizado por el administrado, en el sentido de que por el hecho de presumirse la buena fe y la legitimidad de sus actuaciones ya por ello los actos sean legítimos sin más, de modo que si hay una impugnación del acto administrativo la misma podría cambiar las consecuencias del acto; y lo que se deriva de la presunción de buena fe y de la presunción de legitimidad del acto es que si se presentan dudas respecto a la legitimidad del acto administrativo el particular, como ha dicho E. GARCÍA DE ENTERRÍA, lo que le corresponde es la carga de accionar contra el acto,

4.3.2.- Privilegiar la voluntad del elector.

Yo no puedo llegar a impugnar unas elecciones alegando, por ejemplo, que hay diez mil votos nulos que si se hubieran hecho correctamente me favorecerían porque la voluntad del elector es manifiestamente para mí, dado que se ha marcado en la planilla de votación dos renglones: un renglón para el candidato opositor y en el otro renglón para mi candidatura, con la diferencia de que en la del candidato opositor ha marcado una vez y en mi opción ha marcado tres veces. Si alego con las sofisterías de la oposición que pretende interpretar incorrectamente el significado de lo que es la voluntad del elector, diría que el órgano electoral me debe declarar ganador porque la voluntad del elector me beneficia. Pero este razonamiento es incorrecto.

¿Porqué? Sencillamente porque:

- 1) de acuerdo a las reglas del juego, esos diez mil votos son nulos;

2) porque se trata no ya de ver cuál es la voluntad subjetiva, libérrima, interna e intransferible del votante sino, antes bien, de ver cuál su voluntad manifestada en su declaración exterior, en su manifestación de voluntad que, en el ejemplo propuesto, viene materializada en el acto de votar, y en el caso del referéndum revocatorio presidencial en el acto de firmar que haya realizado el ciudadano; lo contrario sería tan similar a condenar a una persona por homicidio intencional diciendo que su voluntad fue la de asesinar y que esa afirmación la hago porque me parece o porque creo que tuvo esa intención: muy al contrario, para yo determinar la intención de cometer homicidio tengo que ir a las evidencias objetivas en función de las cuales puedo determinar que, dada las manifestaciones externas de la conducta del sujeto puedo llegar a la conclusión de que el sujeto tenía la intención de cometer homicidio.

Hacer lo contrario es tratar de determinar acciones y establecer consecuencias a ciertos actos en base a la parte volitiva interna del sujeto, y la mejor doctrina científica en los actuales momentos recomienda que para no caer en arbitrariedad, para no entrar a escudriñar los ámbitos de lo impredecible, en el que existe total ausencia de certeza (esto es, en la parte interna del sujeto), debemos determinar sus actitudes volitivas en razón de sus manifestaciones externas; y en fin,

3) porque la *voluntad* interior del elector es un hecho psíquico, cuya prueba es imposible sin un elemento de objetivación, de modo que, como tal hecho psíquico, no es verificable intersubjetivamente. Por tanto, al ser relevante la voluntad del elector, y ante la imposibilidad de controlar y determinar el hecho psíquico interno de su voluntad, se recurre a la voluntad declarada del elector, porque “la declaración es, en realidad, un hecho <<material>> que forma parte de los fenómenos sensibles y verificables intersubjetivamente”; esto es, la declaración es un suceso empírico que no se distingue (al menos desde el punto de vista de la prueba y de una forma muy

general) de otros comportamientos materiales”, dada “la equivalencia funcional entre voluntad y declaración”⁴⁸.

En realidad se trata de un problema complejo: en la prueba del hecho psíquico como lo es la de determinar la *voluntad* del elector, el elemento psicológico no puede ser probado más que de una forma: “reconociendo algún valor probatorio a la <<expresión>> del hecho psíquico por parte del sujeto que es su <<autor>>”⁴⁹, esto es, a la declaración de voluntad, el acto de voluntad manifestado en la declaración, “salvo que se disponga de las declaraciones provenientes del propio autor del hecho psíquico”⁵⁰, que, en la cuestión que nos ocupa, lo que implica es proceder a tomarle la firma y la huella para compararla grafotécnicamente con las estampadas en el papel elaborado por la casa de la moneda, pues de lo contrario sería inevitable la utilización de “técnicas de reconstrucción indirecta, (porque) esos hechos no pueden ser conocidos con los habituales medios de prueba; lo que se puede conocer con esos medios habituales son hechos materiales a partir de cuya existencia y de cuyas modalidades se pueda argüir que un determinado sujeto tenga o haya tenido una determinada voluntad, el conocimiento de algún hecho, una determinada actitud valorativa, ciertos convencimientos, etc.”⁵¹.

4.3.3.- La presunción de inocencia.

La presunción de inocencia es una regla sobre la carga de la prueba y una regla de juicio. Las reglas sobre carga de la prueba actúan una vez concluida la fase probatoria *sólo para el supuesto en que la actividad probatoria no hubiera logrado aclarar qué es lo que ha sucedido, es decir, que las dudas iniciales se mantengan*

⁴⁸ Tarufo, M.- *La prueba de los hechos.*, trad., de J. Ferrer Beltran, Trotta, 2002, pág., 161.

⁴⁹ Tarufo, M.- *La prueba de los hechos.*, trad., de J. Ferrer Beltran, Trotta, 2002, pág., 162.

⁵⁰ Tarufo, M.- *La prueba de los hechos.*, trad., de J. Ferrer Beltran, Trotta, 2002, pág., 164.

⁵¹ Tarufo, M.- *La prueba de los hechos.*, trad., de J. Ferrer Beltran, Trotta, 2002, pág., 164.

***hasta el final después de concluida la investigación y, por ello mismo, la actividad probatoria no hubiera logrado el convencimiento del juzgador*⁵².**

Conforme a la presunción de inocencia “toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”⁵³. Y se configura de manera distinta en el ámbito del Derecho penal y en el ámbito del Derecho Público.

Se trata de un principio que rige, principalmente en el campo del derecho penal, y entre sus principales manifestaciones está la de que para privar de la libertad a un ciudadano debe probarse su culpabilidad en la participación en un delito o falta tipificado como tal por las leyes penales. También es importante destacar que, en la esfera jurídico procesal “la ‘presunción de inocencia’ no sirve para expresar el convencimiento inicial del juez sobre la inocencia del acusado, sino para al menos dos funciones bastante menos incontrolables (y más garantistas): para asignar la carga de la prueba (al acusador corresponde probar la culpabilidad del acusado) y para fijar el *quantum* de la prueba (la culpabilidad ha de quedar probada más allá de toda duda razonable⁵⁴)”⁵⁵.

⁵² Serra Domínguez, M.- *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, Editorial Nauta, Barcelona, 1963, pág., 95.

⁵³ Art., 49.2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999

⁵⁴ Que la culpabilidad ha de quedar probada más allá de toda duda razonable tiene su origen en el *in dubio pro reo*, que es de antigua data. “fue estatuido por un rescripto de Trajano y, más tarde, retomado por los tratadistas medievales del derecho canónico. Esta larguísima tradición se vio interrumpida en el continente europeo durante los oscuros siglos de la inquisición, pero conservose intacta en el law of evidence inglés. Su posterior redescubrimiento a cargo del a cultura ilustrada continental acaeció, en gran medida, bajo el influjo de la experiencia procesal inglesa, en donde –como se ha dicho– nunca se había apagado. Pues bien, el paso del <<*in dubio*>> por el tamiz del empirismo inglés dio lugar a la no menos célebre fórmula del <<*beyond reasonable doubt*>>, la cual estaba provista de un acusado perfil epistemológico” (Cfr., Igartua Salaverria, J.- *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Serie Cuadernos y Debates, núm., 149, Madrid, 2003, pág., 45).

⁵⁵ Igartua Salaverria, J.- *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, trota, Madrid, pág., 17.

Tal y como ha manifestado el Tribunal Constitucional español en diversas Sentencias, la *presunción de inocencia* tiene un contenido que permite deducir las siguientes exigencias: en primer lugar, toda condena debe ir siempre precedida de una actividad probatoria, impidiéndose así que pueda tener lugar una condena sin pruebas; además, las pruebas tenidas en cuenta para fundamentar la decisión de condena han de merecer tal concepto y ser constitucionalmente legítimas; y finalmente, la carga de la actividad probatoria recae sobre los acusadores, sin que en ningún caso tenga que ser el acusado quien tenga que probar su inocencia⁵⁶.

Se trata, pues, de una *auténtica regla sobre la carga de la prueba* en virtud de la cual, y según lo sostenido por el Tribunal Constitucional español (Sentencia 77/1983, de 3 de octubre), “la carga probatoria corresponde a los acusadores y toda acusación debe ir acompañada de probanzas de los hechos en que consiste”, lo que supone la obligación de “los Tribunales sentenciadores de no proferir sentencia condenatoria en contra del reo cuando no consten en las actuaciones pruebas inculpatorias de su participación en el hecho punible que se persigue”⁵⁷.

Así, la presunción de inocencia se configura como una regla de juicio, por tanto “la vigencia del principio de presunción de inocencia como regla de juicio impone al juez el deber de asumir, desde la neutralidad, la acusación como una hipótesis que sólo puede llevarle a la afirmación de culpabilidad a través de la comprobación cuidadosa del fundamento probatorio de cada uno y de todos los elementos de la imputación, según lo que resulte del juicio. Cuando esa hipótesis no

⁵⁶ Vid., entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional español 109/1987, de 24 de septiembre, Fundamento Jurídico 1º; y Sentencia del Tribunal Constitucional español 76/1990, de 26 de abril, Fundamento Jurídico 8º. De forma mucho más amplia, puede verse a Prieto Sanchos, L.- *La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho*. En Revista Española de Derecho Constitucional, núm., 4, Civitas, Madrid, 1982, págs., 110 y sigs.

⁵⁷ Cfr., Sentencia del Tribunal Supremo Español de 9 de julio de 1983 recogida por Mestre Delgado, E.- *Desarrollo jurisprudencial del derecho constitucional a la presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 38, fascículo 3º, sept/dic 1985, pág., 728.

pueda entenderse confirmada habrá de prevalecer, sin reservas, la afirmación constitucional previa de inocencia del acusado. (...). Cuando se parte de la presunción de inocencia como presupuesto, el fracaso probatorio de la hipótesis de la acusación – sea cual fuere la causa- sólo puede confirmar el *status* de inocencia preexistente”⁵⁸.

En el ámbito del Derecho Público la configuración de la presunción de inocencia se produce de manera diferente porque no rige el mismo principio de la carga de la prueba que en el derecho penal, de modo que, aparte de que la presunción de inocencia no sirve para expresar el convencimiento inicial de quien va a tomar una decisión en el ámbito público, sí que sirve, de un lado, para asignar la carga de la prueba según el principio propio en el ámbito público y sus respectivas modulaciones: el que afirma debe probar el fundamento de su derecho y el que niega debe probar los hechos que constituyen la negación, salvo la doctrina de la facilidad probatoria que analizaremos más adelante; y de otro lado, para fijar el quantum de la prueba más allá de toda duda razonable o, cuando proceda según las dimensiones fácticas de la controversia, según la probabilidad lógica prevaleciente, a lo que volveremos en otros párrafos más adelante.

A la vista de lo que antecede, hay que preguntarse si el principio de la presunción de inocencia impide realizar investigaciones, que es lo que parece pretender la oposición con lo de las planillas planas: que no se investigue ni se determine la veracidad o no de las firmas; porque si la presunción de inocencia impidiera investigar, entonces nunca podría llegarse a la condena de un reo, pues sólo se determinará la culpabilidad del reo después de la investigación y de la reconstrucción histórica de lo que se le imputa; ni en el ámbito público pudieran solucionarse los pliegos controvertidos, ya que, según la interpretación que pretende otorgarle la oposición, dicha presunción impediría investigar.

⁵⁸ Andrés Ibáñez, P.- Sobre prueba y proceso penal, en Revista *Discusiones*, núm., 3, año III, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca (Argentina), 2003, págs., 60-61.

Es decir, *el derecho a que se presuma la inocencia*, por obra de la oposición se pretende convertir en algo que no es: *en un derecho a ser inocente y, por tanto, en un derecho a que no hayan investigaciones que determinen la existencia, o no, de inocencia.*

Dada las modulaciones que, en la carga de la prueba y en la calidad de la prueba, la presunción de inocencia experimenta al ser aplicada a otras ramas del derecho (distintas a la penal), hay que resaltar que en el problema de las planillas ni estamos en el ámbito del derecho penal ni se ha pretendido determinar a priori la culpabilidad de nadie, porque estamos en el ámbito administrativo, no en el ámbito penal, y de lo que se trata es de averiguar si la persona firmó o no firmó, resguardando siempre la presunción de inocencia porque ni no fuese así y se presumiera, en cambio, la culpabilidad o el fraude, pues no se investigaría, no se averiguaría para determinar cuál es la verdad en las firmas de procedencia dudosa sino que, simplemente, el árbitro electoral dijera que las personas cometieron un fraude o que no firmaron porque presume que no han firmado y que las firmas entregadas obedecen a un fraude.

De modo que el resguardo a la presunción de inocencia se manifiesta en el hecho de que se está procediendo a la verificación para determinar la autenticidad de la firmas, y ello no constituye un juicio a favor ni en contra de la firma estampada, ni constituye la afirmación de que no es inocente la persona que presuntamente firmó, simplemente que ante la duda se trata de aclarar cuál es la realidad del documento objeto de dudas. Y cuando se parte de la presunción de inocencia como presupuesto, el fracaso probatorio de la hipótesis de quien no ha podido fundamentar el hecho que sustenta su pretensión –sea cual fuere la causa- sólo puede confirmar el *status* jurídico preexistente a la petición formulada, y viceversa: el éxito probatorio de quien afirma una pretensión lleva al éxito de lo solicitado, que debe ser acordado por el árbitro electoral, so pena de incurrir en arbitrariedad en caso contrario.

Aquí es pertinente comentar lo que se ha pretendido difundir respecto al *in dubio pro elector*. Por lo que ya ha quedado dicho respecto a la carga de la prueba y sus modulaciones en el Derecho penal y en el resto del derecho, así como respecto a la presunción de inocencia como regla de juicio en derecho penal y el *non liquet* como regla de juicio en el resto del derecho, en ambos supuestos para las consecuencias jurídicas que corresponde atribuir a las partes con ocasión de la falta de prueba, debe agregarse y aclararse aquí que la duda es un estado de incerteza en las que no puede afirmarse ni negarse nada respecto a la pretensión aludida: en el caso de la pretensión de convocar a un referendo revocatorio presidencial, no podría afirmarse nada, ni a favor ni en contra; porque la duda impide afirmar que se cumplen los requisitos para convocar el referéndum revocatorio, y también impide afirmar lo contrario, es decir, que no se han cumplido los requisitos para convocar el referéndum revocatorio. En estos casos de duda es necesario que quien afirma una pretensión la pruebe, con las exigencias de la probabilidad lógica prevaleciente, que presenta al menos dos situaciones probatorias:

En una primera pueden existir dos hipótesis en competencia: la primera trata de afirmar la pretensión y la segunda trata de negar dicha pretensión, y quien decide deberá acoger la que tenga mayor probabilidad, la que tenga mayores elementos de confirmación probatoria, es decir, no sólo que tenga por sí misma elementos de confirmación suficiente sino que, además, tenga una confirmación mayor que la hipótesis con la que compete; pero esta no es la situación que se presenta con el caso de las planillas planas, ya que ante el CNE no existen dos partes en conflicto dirimiendo una controversia sino, y sólo, la oposición ante el árbitro electoral pidiendo que se convoque a referéndum revocatorio, para lo cual consigna unas firmas cuya procedencia es dudosa y debe aclararlas para despejar la duda;

En una segunda situación probatoria, existe una hipótesis explicativa de los hechos intentando proporcionar los elementos probatorios que la confirman: esta es la situación que se presenta con las planillas planas: la oposición pide la convocatoria a

un referéndum revocatorio presidencial y, a tales efectos, y ante la duda, debe **no sólo consignar sino también probar** que las firmas que consignó son válidas y suficientes para convocar a un referéndum revocatorio, es decir en este caso la hipótesis que pretende confirmarse no debe ser ni siquiera prevaleciente porque no está compitiendo con otra hipótesis que busque confirmarse sino, y sólo, que dicha hipótesis solitaria debe tener los **suficientes** elementos de confirmación (que se hayan despejado las dudas, pues) como para acoger la pretensión de la oposición y, al efecto, asumir que ha cumplido con los requisitos para la convocatoria a referéndum.

Cuestión distinta es que en base a un mal entendido de un supuesto *in dubio pro elector*, la oposición pretenda que, ante la ausencia de conocimiento respecto a si se recogieron, o no, las firmas suficientes para convocar al referéndum entonces en la marea de humo se decida que como no se puede determinar si las firmas son válidas y suficientes hay que concluir que se cumplen los requisitos para convocar el referéndum revocatorio y se proceda en consecuencia.

El pretendido *in dubio pro elector* regiría en materia penal, caso que se esté procesando a alguien de fraude y existan dudas respecto a la comisión del mismo o a la prueba del elemento volitivo del ilícito, dudas que no hayan podido aclararse en el procedimiento dirigido a esos fines, en cuyo caso la presunción de inocencia hace que se proceda en beneficio del elector manteniéndole la libertad o, lo que es igual, no privándole de la misma.

Pero no en el ámbito del Derecho Público, en el que las dudas se aclaran y si en el *iter* dirigido a ese fin no resultan aclaradas se procede conforme a las reglas que determinan las consecuencias de la falta de prueba: quien sostiene la pretensión que no ha sido probada, esto es, la oposición que solicita el referéndum revocatorio, sufre las consecuencias de la falta de prueba, en el sentido de que se mantiene el *status* jurídico (pre)existente y no se puede convocar al referéndum revocatorio presidencial

porque quienes lo pretendían no lograron probar que recogieron el número de firmas válidas que fueran suficientes de acuerdo con la ley para dicha convocatoria.

Pero todavía más. ya hemos visto que conforme al derecho probatorio debe probar quien alega y, si se prefiere la flexibilización moderna de ese principio, debe probar quien tiene mayor cercanía con la prueba necesaria para aclarar la controversia y, por tanto, mayor facilidad para aportar la prueba; en ambos supuestos corresponde a la oposición, y a quienes se pronuncian a favor del referéndum revocatorio presidencial, probar el fundamento de su pretensión de convocatoria a referéndum.

Pues bien, en violación de estas normas y principios de la materia probatoria, la oposición tiene nuevamente la aspiración propia de la estupidez ilustrada y desesperada: pretenden presentar un montón de firmas chimbadas o de dudosa procedencia y, violando las más elementales reglas de derecho probatorio que acabamos de reseñar, que sea el CNE quien les subsane los defectos, que sea el CNE quien les pruebe, y que sea el CNE, en fin, quien les enmiende todo y, de paso, les diga de una vez que les complace convocándole a un referéndum revocatorio sin importar si se cumplen o no los requisitos para tal fin.

Por estos derroteros, no sería de extrañar, ante tanta comodidad y mediocridad de la oposición, que pretendan que el CNE les busque también los votos y les formule cuñas institucionales llamando, no a la participación política sino, más bien, a votar a favor del referéndum revocatorio contra el Presidente, y de paso, que utilice los recursos del ente comicial para hacer la campaña electoral de la oposición, les busque los votos en las casas de cada uno de los votantes, y les diga que el Presidente está revocado. Y que sea además el MVR quien les preste los votos del bloque del cambio para que ellos puedan tener la mayoría que necesitan para revocar el Presidente. En su oportunidad pretendieron también que fuera el Presidente que les convocara el referéndum revocatorio presidencial.

Y lo anterior no sería de extrañar, porque son las maneras habituales que tiene la oposición para hacer política en este país: como no tienen votos le otorgan en bandeja de plata a los canales de televisión la labor de hacer oposición, buscando un consenso mediático y la formación de una opinión pública mediática en contra del gobierno para luego cobrar sin trabajar, esto es, tumbar el gobierno a punta de puro maniqueísmo mediático, sin tener una propuesta de país y sin hacer verdadera política de oposición.

No les basta todo este derroche de medios para hacerse con el poder y acuden al golpismo mediático y militar, vuelven a fracasar y hacen como jalisco: arrebatan tratandó de lograr un bloqueo económico para ahogar las finanzas públicas del país y hacerse del poder; vuelven a fracasar y acuden a la Casa Blanca en protección a la impunidad de los delitos cometidos en el paro petrolero y golpista; vuelven a fracasar y acuden a un referéndum consultivo inconstitucional; fracasan de nuevo y ahora obligados a optar por el referéndum revocatorio, en vista de que no tienen los votos, aspiraban, primero, que fuera el propio Presidente el que los complaciera convocándole el referéndum, y ahora, que con las firmas chimbas el CNE les diga que todo está bien y que se convoca el referéndum revocatorio.

Es indudable que se trata de la misma estrategia, sólo que ahora la tratan de vender solapadamente mediante formas jurídicas y medias verdades que necesitamos aclarar para, una vez puesta cada cosa en su lugar y colocando cada principio de derecho en su propia morada, e interpretándolos conforme a su naturaleza y extensión se evidencie, al efecto, el sofisma que ahora se pretende: no se trata sino de la continuidad de otra treta, tan similar a la de las anteriores pero con otros métodos: el abuso de las formas jurídicas.

4.3.4.- La inversión de la carga de la prueba.

Se ha dicho desde los sectores de la oposición, y entre los principales de ellos Gerardo Blyde de Primero Justicia, que poner al elector a reparar sus firmas implica

invertir la carga de la prueba, que, según estos asertos, habrá de entenderse que incumbe dicha prueba a la Administración, en este caso al CNE. Examinemos semejante barbaridad. Conforme a la doctrina de la carga de la prueba, lo primero que hay que decir es que “no existe ningún deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota. *O provare o soccombere*”⁵⁹. Ahora bien, según las reglas clásicas en esta materia corresponde, como ya se ha dicho, al actor probar los hechos que afirma y a la parte contraria los que niega.

Desde esta perspectiva, los que se oponen al presidente Chávez dicen que las firmas son válidas y nosotros, los que le apoyamos, decimos que no: conforme a las reglas clásicas de la carga de la prueba ellos deberían probar lo que afirman y nosotros lo que negamos, puesto que somos las partes en controversia; sin embargo con el CNE la cuestión es distinta, ya que los que están a favor del referendun revocatorio afirman unos hechos: que las firmas son válidas, y el CNE no está negando esos hechos sino que está diciendo que tiene dudas razonables en cuanto a los hechos que afirma la oposición, cuestión que el CNE no niega ni afirma, como en efecto es su deber institucional de árbitro del proceso. De ahí que la pregunta y su obvia respuesta no puede ser de mayor claridad: ¿a quién le corresponde probar?, sencillamente a la parte que afirma unos hechos que no están suficientemente fundamentados como para que no existan dudas y pueda la Administración, en este caso el CNE, acogerlos en su plenitud y en su verdad, como es de esperar cuando estamos en presencia de datos fácticos a reconstruir.

En efecto, es bien sabido que en el ámbito de las ciencias formales, como la matemática, procede la *demonstración*, en el de la interpretación de las proposiciones

⁵⁹ Muñoz Sabaté, L.- *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1997, pág., 33. y pág., 47 de la tercera edición española, editorial praxis, Barcelona, 1993.

lingüísticas, como los textos legislativos, procede la *argumentación*⁶⁰ y razonabilidad, la buenas razones a favor la interpretación del texto o a favor, por ejemplo, de la democracia como la mejor de las formas de organizar la convivencia política, y en el ámbito empírico procede la *verificación*⁶¹, esto es, la averiguación y la confirmación de lo que se dice sucedido con lo que realmente haya sucedido⁶².

En definitiva, el método de adquisición de conocimientos científicos debe adecuarse a la índole del objeto a conocer⁶³, y ello no sólo por un prurito de cientificidad sino, también y principalmente, para que las conclusiones a las que se llegue y, en su caso, las decisiones que se tomen hayan respetado los criterios más acordes para obtener los resultados y determinar las consecuencias, sin que pueda adjudicarse a las consecuencias errores inadmisibles y reproches que puedan estar cargados de razón por no seguirse la metodología adecuada y, más aún, la más autorizada en el área problemática en la que nos desenvolvemos.

⁶⁰ El nombre más común para estos argumentos es el de <<lógica formal>>, o bien de <<tópica>>. Las técnicas argumentativas son distintas a las de argumentación. "En cualquier caso, esta área de razonamiento utiliza argumentos que unen diversos juicios en un discurso práctico. Y su calificación no se hace en términos de verdad, sino, por ejemplo, en los de <<buenas razones>>, <<persuasividad>>, <<razonabilidad>>, etc., porque se trata de juicios que no son ni verdaderos ni falsos en un lenguaje dado, es decir, no son verificables (Cfr., Wróblewski, J.- *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad., castellana de A. Azurza, Cuadernos Civitas, primera edición reimpresión, Madrid, 1988, págs., 58-59).

⁶¹ La *verificación* es un mecanismo de justificación que versa sobre proposiciones fácticas, es decir, sobre juicios que son verdaderos o falsos en un determinado lenguaje (Cfr., Wróblewski, J.- *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad., castellana de A. Azurza, Cuadernos Civitas, primera edición reimpresión, Madrid, 1988, pág., 58).

⁶² Cfr., Igartua Salaverria, J.- *Teoría analítica del derecho. La interpretación de la ley*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1994, págs., 96-97

⁶³ Así, "un objeto empírico —como una tormenta tropical— que se da en el espacio y en el tiempo es cognoscible científicamente mediante el empleo de un método empírico. Un objeto ideal, como una relación lógica, o una proposición matemática o una serie numérica es cognoscible mediante el empleo de un método racional. Un objeto cultural como una pintura o una sinfonía o una acción humana en curso de desarrollo es cognoscible por la comprensión de su sentido. Así, tres clases diferentes de objetos susceptibles de ser conocidos (los objetos naturales, los objetos ideales, los objetos culturales) sólo pueden ser conocidos científicamente por métodos acordes con las características propias del objeto a conocer" (Cueto Rúa, J. C.- *La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm., 21-II, Alicante, 1998, pág., 111).

De modo, pues que, en un primer análisis, conforme a las reglas clásicas de la carga de la prueba, corresponde a quien afirma, en el caso del referendun revocatorio presidencial, a la oposición y/o los firmantes en contra del Presidente Chávez, probar los hechos que afirman.

Pero todavía más: según las reglas, ya no clásicas e inflexibles de atribución de la carga de la prueba sino más flexibles y modernas, en las que se adopta una mayor ductibilidad en contemplación a las situaciones particulares de cada caso y que se abre paso en los últimos años, otorga una interpretación ciertamente flexible a los principios contenidos en la regla según la cual a todo actor incumbe la prueba de los hechos en que se fundamenta y a quien se oponga por medio de excepciones ha de probar los hechos que sean fundamento de los mismos, y sin oponerse a estos principios “ha preferido optar por soluciones más oblicuas, arropándose en inferencias *endoprocesales* surgidas de la conducta de la contraparte, la cual, situada en mejor posición heurística, omite o impide toda posición probatoria. Nada se opone en tales supuestos a que dicho comportamiento procesal del adversario sea considerado por el juez como elemento presuntivo bastante para dar por demostrada la afirmación de la parte contraria (...) digamos, en definitiva, que en lugar de un desplazamiento del *onus*, lo que en realidad se traslada es el *favor probationes* (---). Para llegar a sentar tales conclusiones, la jurisprudencia moderna parte preferentemente de la doctrina de la facilidad probatoria en que se halla la parte favorecida por el *onus*, en contraste precisamente con la incómoda posición del gravado con dicha carga”⁶⁴.

De ahí que, como dice el Tribunal Supremo español en Sentencia del 29 de octubre de 1987, “en materia de carga de la prueba, si bien la moderna doctrina

⁶⁴ Muñoz Sabaté, L.- *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1997, pág., 37, y Editorial praxis, Barcelona, 1993, pág., 51.

procesalista suele partir de la fórmula de que a cada parte le corresponde alegar y probar los hechos que constituyen el fundamento de su pretensión, no puede olvidarse que ello es una regla general a veces no aplicable por las dificultades que presenta, por ello suele acudir a atribuir a cada parte la prueba de aquello que le sea más fácil acreditar por estar más próximo a la misma". Las dificultades de la prueba suelen asentarse en la lejanía de la prueba, la indisponibilidad de la prueba y la negatividad del hecho.

También puede atenderse a la conducta, sincera o evasiva, que se exhiba en el procedimiento de verificación o de reparos, pues como ha dicho el Tribunal Supremo español de fecha 18 de noviembre de 1965, "las normas que regulan la carga de la prueba (se refiere a las normas según el cual corresponde a las partes la carga de probar lo que afirman y niegan), no son absolutas, pues tal carácter sería incompatible con la facultad que asiste al juzgador en orden al examen y valoración de las pruebas practicadas a instancia de cualquiera de las partes y a la actitud sincera o evasiva que estas adopten durante el proceso"

En este mismo orden de ideas hay que señalar lo siguiente: la doctrina del Derecho probatorio, que es de donde surge la idea y las reglas sobre la carga de la prueba, en esa versión más actual se habla y se aplica la doctrina de la facilidad probatoria, que muy someramente consiste, como lo indica A. M. Pita Grandal, una flexibilización de los mecanismos tradicionales de distribuir la carga la prueba. "De este modo, la cuestión relativa a quién ha de probar evoluciona, desde el rígido postulado de que ha de probar aquél que resulta gravado por la carga de la prueba, hacia un postulado más flexible, que tiene en cuenta el comportamiento procesal y la facilidad probatoria"⁶⁵. Consiste en que ante la existencia de un conflicto en el que sea necesaria alguna prueba para aclarar la controversia, dicha prueba ha de

⁶⁵ Pita Grandal, A. M.^a.- La prueba en el procedimiento de gestión tributaria, op., cit., pág., 95.

suministrarla cualquiera de las partes que tenga más cercanía con el dato probatorio y, por tanto, más facilidad de aportarlo a la controversia que se dirime.

Es importante resaltar que esta doctrina, con la novísima Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil española, ha sido elevada a rango de Ley formal por el artículo 217.6 *ejusdem*, que respecto a las reglas generales y especiales sobre carga de la prueba contenidas en el resto del precepto, impone a los órganos judiciales la necesidad de aplicarlas teniendo siempre presente “la *disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*”.

Importa resaltar que esta cláusula es cosa distinta al problema de la <<inversión de la carga de la prueba>>, y como atinadamente resaltan J. GARBERÍ LLOBREGAT y G. BUITÓN RAMÍREZ, “con semejante proclamación el legislador ha venido a hacerse eco de una dilatada corriente jurisprudencial que, ante la constatación judicial de las enormes dificultades a las que, en determinados casos, había de enfrentarse la parte a quien conforme a las reglas generales correspondiese la carga de la prueba para acreditar los hechos jurídicamente relevantes en orden al éxito de su pretensión, se inclinó por incorporar, insistimos que por la vía jurisprudencial, una *nueva regla de juicio* que se superponía a la ya conocida (la del apartado 1 del art., 217), conforme a la cual *cada parte debe soportar la carga de la prueba conforme a las reglas generales (...), excepto cuando el levantamiento de la carga de la prueba de un hecho determinado resulte en extremo dificultoso para aquella parte a quien legalmente corresponde su acreditación pero muy sencillo, fundamentalmente por su proximidad con las fuentes de prueba, para la parte contraria*”⁶⁶.

⁶⁶ Garberí LLobregat, J., y Buitrón Ramírez, G.- *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág., 59.

Así, la línea jurisprudencial antes mencionada es seguida en la Sala primera del Tribunal Supremo español, en Sentencia de fecha 2 de diciembre de 1996, en la que se resaltaba lo siguiente: “esta Sala como órgano <<ad quem>> comparte el criterio de que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por la partes, sean actoras o demandada, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) *que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba*”. Y la Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 1997, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en el deber de colaborar con la Administración de justicia impuesto por el art., 118 de la Constitución Española, sienta la siguiente doctrina.

“Es doctrina derivada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que dice, que cuando las fuentes de una prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso, conlleva a que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, así como, que los Tribunales no puedan exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle una indefensión contraria al art., 24.1 de la Constitución Española, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa (SSTC 98/1987; 227/1991 y 147/1992)”⁶⁷.

Tal como destacan los tratadistas anteriormente citados, “ni siquiera la presente regla de origen jurisprudencial, hoy elevada a rango de ley formal por el art., 217.6 LEC, puede decirse que propicie una verdadera inversión de la carga de la

⁶⁷ En el mismo sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 26 de julio de 1999.

prueba (...), ya que, en realidad, en estos casos de disponibilidad y facilidad para probar un hecho *no se desplaza la carga de la prueba a la parte que fácilmente podría cumplimentarla*, de manera que dicha parte haya de experimentar el rechazo de sus pretensiones cuando no la verificara, sino que, más exactamente, de lo que se trata es de que la *ausencia de prueba de ese hecho no perjudique a aquella parte que tenía la carga de acreditarlo, conforme a las reglas generales, pero que, a diferencia de su parte contraria, no tenía la disponibilidad o la facilidad para hacerlo*. La carga de la prueba del hecho, por consiguiente, no se invierte. El hecho en cuestión no pasa a formar parte de los elementos fácticos sobre los que la parte contraria ha de asumir la carga de la prueba. Lo que se hace, en puridad, es eliminar el hecho cuya prueba resulta muy difícil para la parte, del elenco de aquellos hechos cuya carga de la prueba le corresponde a la misma”⁶⁸.

El principio de *disponibilidad* “hace referencia a una situación de cercanía, acceso o contacto del litigante con el medio o la fuente de prueba, lo cual permite su traslado al proceso sin obstáculos de mayor género. Esta disponibilidad puede ser material (v. gr.: tenencia de un documento) como intelectual (forzoso conocimiento de un acto). (...). El principio de *facilidad* tiene un carácter más genérico, pues obviamente comprende al de disponibilidad. Tal vez podamos brindar un ejemplo suponiendo el caso de que la prueba resulte más económica, más rápida, más fiable o más segura de poderse practicar, o en el caso de ciertos hechos negativos”⁶⁹.

En esta perspectiva, que toma en consideración tanto de Derecho nacional como de Derecho comparado, la carga de la prueba sigue pesando sobre los grupos de oposición que pretenden convocar al referéndum revocatorio presidencial, toda

⁶⁸ Garberí LLobregat, J., y Buitrón Ramírez, G.- *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs., 60-61.

⁶⁹ Muñoz Sabaté, Ll.- *Fundamentos de la prueba judicial civil*. L. E. C. 1/2000, J. M. Bosch editori. Barcelona, 2001, págs., 178 y 179

vez que son ellos quienes tienen la facilidad de aclarar con su testimonio, firma y huella dactilar, que ellos aparecen efectivamente aportando su firma en las planillas de la casa de la moneda con el deseo de convocar al referéndum.

En relación a las reglas de la carga de la prueba hay que aclarar cuáles son las consecuencias de la falta de prueba en el ámbito del Derecho penal y en resto de las ramas jurídicas.

En el primer caso, dada la existencia de la presunción de inocencia y sus exigencias probatorias para poder condenar un acusado de delito, ante la duda rige y se mantiene definitivamente la presunción de inocencia y se presentan dos situaciones, que ambas permiten otorgar la libertad al procesado: en una primer situación el juez declara en su decisión que el acusado es inocente porque se probó su inocencia: en este caso no rige la presunción de inocencia como regla de juicio que determina las consecuencias de la falta de prueba sino que, antes bien, existe una situación probatoria clara: ha quedado probado que el acusado es inocente porque no cometió el delito que se le imputa; pero hay una segunda situación, que es la propia de la presunción de inocencia: no existen pruebas ni de culpabilidad ni de inocencia, o bien existiendo pruebas de culpabilidad las mismas no alcanzan la suficiente capacidad probatoria que se exige en materia penal, esto es, suficiencia probatoria más allá de toda duda razonable: en estos casos el juez ni afirma ni niega la comisión del delito, simplemente declara que ante la duda razonable respecto a la comisión del delito procede conforme al principio de presunción de inocencia como regla de juicio, según el cual ante la falta de prueba suficiente para condenar tiene que optar, ante la duda, por conservar la libertad del procesado.

En el resto del derecho la situación es distinta al derecho penal, pues ante la duda no rige el principio de presunción de inocencia, porque a nadie se está procesando de un delito o falta, sino que rige el *non liquet*, que al igual que el principio de presunción de inocencia para el caso del derecho penal, trata de

determinar en el Derecho Público cuál pretensión debe sucumbir ante la falta de prueba de lo que se afirma o se niega, procediéndose a atribuir las consecuencias de la falta de prueba a la parte que debió probar para obtener el éxito de lo que afirma o de lo que niega, es decir se procede según el principio que quien afirma una pretensión debe probar el fundamento de la misma y quien la niega debe probar el fundamento de su negación, salvo que se imponga la doctrina de la facilidad probatoria y en flexibilidad de este principio clásico se asigne el deber de probar a la parte que tenga mayor cercanía con la prueba que se necesita para aclarar la controversia y, por tanto, mayor facilidad para aportarla a efectos de dirimir el conflicto.

4.3.5.- los métodos aleatorios y la afirmación de que la resistencia a nuevas fórmulas evidencia la mala fe del trío oficialista.

La oposición está proponiendo, por intermedio de la OEA y el Centro Carter, la utilización de métodos aleatorios para proceder a la verificación de las firmas en lugar de que los reparos se realicen en la forma en que han sido establecidos por el CNE, alegando, entre otras razones, que los métodos que proponen se han utilizado en otros países.

Es indudable que dichos métodos puedan ser utilizables en determinadas circunstancias fácticas, esto es, donde existan hechos que no sean totalmente determinables en su dimensión subjetiva (sujetos que han sufrido un daño) y en su extensión objetiva (los alcances territoriales del daño ocasionado por emisión de gas tóxico y, por tanto, con efectos contaminantes, de una tripulación perteneciente a una empresa multinacional como consecuencia de volcar dicho cargamento tóxico, que se transportaba para ser utilizado en los procesos industriales propios de la empresa que causa el daño), en los que es posible proceder a la prueba estadística o a la prueba con métodos aleatorios, a los fines de “<<dar por determinado>> el hecho, incluso a falta de una prueba completa y analítica de sus consecuencias en el aspecto subjetivo,

es decir, en la individuación exacta de los sujetos que sufren esas consecuencias”⁷⁰, y en su aspecto objetivo.

En estos casos, se acaba aceptando que “el hecho está ampliamente indeterminado en su dimensión subjetiva y que esa dimensión *sea probada sólo parcialmente*”⁷¹, ya que esa indeterminación subjetiva hace imposible llegar a la verdad de las realidades sobre las que se pretenden determinar consecuencias y sobre las que se tienen que tomar decisiones, razón por la cual hay que proceder con métodos que sólo nos permiten aproximarnos a lo que ha sucedido respecto a la magnitud y extensión del daño causado.

Ahora bien, no hay que olvidar su origen como método aleatorio, pues como la misma etimología de la palabra lo indica, *Del lat. aleatorius, propio del juego de dados*, y por ello no en balde Einstein se manifestó muy en desacuerdo con la estadística como ciencia, alegando que él no se jugaba los dados. De ahí que el problema que se presenta con los métodos aleatorios tienen el mismo inconveniente que hay en querer privilegiar la voluntad del elector sin ir al método de los reparos: que habría que valerse de la declaración de voluntad manifestada en la planilla porque el hecho psíquico (la voluntad interna del sujeto) no se puede verificar intersubjetivamente más que a partir de sus elementos materiales, salvo, como se ha dicho, si se acude a la declaración del elector.

En efecto, en el caso del método aleatorio, se trata de *una reconstrucción indirecta y de un método sustitutorio*, en la que se renuncia al verdadero hecho a probar, esto es, si el elector realmente firmó o no, y se sustituye por otro distinto, esto es, la frecuencia estadística que consiste en partir del supuesto según el cual si un

⁷⁰ Tarufo, M.- *La prueba de los hechos.*, trad., de J. Ferrer Beltran, Trotta, 2002 , pág., 156.

⁷¹ Tarufo, M.- *La prueba de los hechos.*, trad., de J. Ferrer Beltran, Trotta, 2002 , pág., 157. La cursiva es nuestra.

determinado porcentaje de firmas es correcta conforme al método de verificación aleatoria entonces el resto de firmas no revisadas también son correctas, en la misma proporción o frecuencia estadística en que han resultado correctas aquel porcentaje de firmas llevadas, por así decirlo, al laboratorio del examen y revisión.

Es decir, se acaba “renunciando a una determinación directa y compleja de los hechos concretos jurídicamente relevantes y se sustituye esta determinación por un dato de probabilidad estadística referente a la frecuencia de determinados fenómenos. Con independencia de si esa conversión del hecho en dato estadístico es aceptable desde el punto de vista sustancial, está claro que se trata de hipótesis en las que la frecuencia cuantitativa de un determinado fenómeno en un contexto dado deviene la base fundamental de la decisión”⁷².

Y con esto se marca una diferencia abismal “entre la frecuencia estadística, que de por sí no se refiere al hecho específico a probar”⁷³, y la hipótesis sobre ese hecho específico, que es el verdadero objeto de la decisión”⁷⁴. Este pasaje no está –por decirlo así- <<incluido>> en el cálculo estadístico y, por tanto, los resultados de ese cálculo deben ser asumidos al objeto de una ulterior valoración, dirigida a establecer si pueden representar, y, en su caso, en qué grado, elementos de aceptabilidad de las hipótesis sobre el hecho que se trata de probar, esto es, el universo total de firmas objeto de reparos.

⁷² Tarufo, M.- *La prueba de los hechos.*, trad., de J. Ferrer Beltran, Trotta, 2002, pág., 221.

⁷³ La frecuencia estadística no se va a referir al hecho específico a probar sino al porcentaje de probabilidad y frecuencia en que se proyecta la muestra aleatoria, esto es, de la muestra porcentual del número de firmas que se seleccione se determinará por ejemplo que de las veinte seleccionadas diez son válidas, o diecisiete son válidas, todo según el resultado que arroje el examen estadístico del muestreo de firmas seleccionado, y ese porcentaje de firmas válidas que resultan del examen estadístico se le endosa al resto de las firmas no revisadas.

⁷⁴ El hecho específico a probar son las firmas de los electores, y las hipótesis sobre ese hecho es si las mismas son verdaderas o falsas, y esto constituye la base de la decisión que debe tomar el CNE.

En ese sentido está claro que el modelo de cálculo de probabilidad estadística no puede representar el esquema lógico de la valoración de la prueba: más bien, es un procedimiento que en ciertos casos y en determinadas condiciones puede ofrecer elementos de prueba, cuya utilización a los efectos de la determinación del hecho se produce, sin embargo, según el esquema del grado de confirmación de las respectivas hipótesis que ofrezcan los elementos de prueba⁷⁵. Todo porque la probabilidad estadística de un cierto evento constituye de por sí un elemento utilizable a los efectos de establecer el grado de fundamentación de las hipótesis sobre el hecho, pero no determina cuantitativamente ese grado

4.3.6.- la retroactividad de la ley.

Se ha pretendido objetar que el ente comicial está procediendo en la aplicación de la normativa de manera retroactiva. Esta afirmación carece de fundamento, primero, porque la normativa que rige el proceso refrendario es del 30 de octubre y del 22 de noviembre, ambos del año 2003, y segundo, porque hay que partir del análisis de lo previsto en la regulación por el propio CNE, cuyas normas establecen que las dudas serán resueltas por el CNE, de allí que no existe ninguna retroactividad de la ley, pues se han presentado dudas y se ha procedido a establecer un método para resolverlas, en el mecanismo permitido por la legislación vigente que rige el proceso refrendario; de allí que no se trata de disposiciones con aplicación retroactiva sino de disposiciones surgidas por mandato directo de las normas que regulan el referido proceso y debido a la necesidad de resolver las dudas que se han ido presentando, sobre cuya materia el propio directorio del CNE decidió establecer, en las normas establecidas para dicho proceso, que las resolvería a través de resoluciones del propio directorio, en la medida que ello fuera ello y a la vista de las dudas y dificultades que se presentaran.

⁷⁵ Tarufo, M.- *La prueba de los hechos*, trad., de J. Ferrer Beltran, Trotta, 2002, pág., 223.

En la aplicación del derecho a los problemas de la realidad social, y este es un caso de aplicación del derecho, quienes deben tomar una decisión no pueden dejar de decidir porque la ley no tenga expresamente prevista una norma que regule la situación fáctica concreta respecto a la que se demanda una decisión, de modo que si no existe alguna que expresamente contenga el caso concreto, la misma legislación le permite, con los métodos autorizados en derecho, proceder a una solución equitativa, razonable y ajustada a la normativa establecida, lo que en ningún caso constituye aplicación retroactiva de la ley. Ya hoy es un lugar común afirmar que el Ordenamiento del Estado Constitucional, de las democracias avanzadas no tiene, como pretendía en otros tiempos, un carácter sistemático o coherente⁷⁶, por lo que deja muchas veces en manos de quien tiene que decidir la respuesta ante el caso concreto⁷⁷, y es esto lo que aquí ha sucedido: un proceso refrendario inédito en América Latina, no sólo en Venezuela, que se ha ido resolviendo al calor de las dudas que la misma dinámica del proceso refrendario ha traído consigo.

4.3.7.- La arbitrariedad.

Se ha dicho que es una arbitrariedad invalidar cientos de miles de firmas y llevar a reparos más de un millón adicionales. Conforme a este criterio de la arbitrariedad, el órgano electoral no sería arbitrario solamente si convalida en balde las firmas, puesto que la arbitrariedad, según se desprende de lo dicho por la oposición, **depende de un criterio cuantitativo**: se es arbitrario si el número de firmas invalidadas y el número de firmas llevadas a reparos es alta, y viceversa, no se es arbitrario si el número de firmas llevadas a reparos es baja; de modo que si fuera un número reducido las firmas a reparar no existiría arbitrariedad. Esto es una infinita trivialización de la verdadera dimensión del problema relativo a la existencia o no de

⁷⁶ Cfr., Prieto Sanchís, L.- *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 1999, pág., 20.

⁷⁷ Cfr., Prieto Sanchís, L.- *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Editorial Dykinson, Madrid, 1998, pág., 20.

arbitrariedad por parte del árbitro electoral como órgano público que rige sus actuaciones por el Derecho Administrativo.

La arbitrariedad de una decisión administrativa no se mide por un criterio cuantitativo. Se trata, más bien, de que frente a las normas que imponen deberes las hay que confieren poderes para decidir⁷⁸, y la decisión del CNE, para que no sea arbitraria ha de ser racional, esto es, ha de estar motivada y fundamentada en razones capaces de sostener y justificar la decisión, que avalan o determinan el acto, y contener una motivación como expresión de estos⁷⁹, de modo que la decisión que da lugar a un acto administrativo goce de legalidad y de legitimidad. En este sentido, la no arbitrariedad de la decisión se opone al determinismo metodológico, según el cual la decisión no necesita ser justificada porque proviene de una autoridad legítima y/o son el resultado de simples aplicaciones de normas generales, y al decisionismo metodológico: las decisiones jurídicas no pueden ser justificadas porque son puros actos de voluntad⁸⁰.

De acuerdo con esto, la decisión del CNE no es arbitraria. Y no lo es porque se basa en la averiguación de la verdad respecto a las firmas, siguiendo para ello los criterios interpretativos acogidos en la reglamentación del CNE, que hacen referencia a la *verificación* de lo que se ha hecho, y ha procedido a darle cumplimiento a lo establecido en los propios reglamentos del ente comicial, a los efectos de respetar la estricta legalidad del acto administrativo; arbitraria sería la decisión si no pretendiera

⁷⁸ Cfr., Igartua Salaverria, J.- *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, serie Cuadernos y Debates, núm., 149, Madrid, 2003, págs., 33-34.

⁷⁹ Alonso Mas, M^a J.- *La solución justa de las resoluciones administrativas*, Universitat de Valencia, Tirant lo blanch, Valencia (España), 1998, pág., 266.

⁸⁰ Cfr., Alonso Mas, M^a J.- *La solución justa de las resoluciones administrativas*, Universitat de Valencia, Tirant lo blanch, Valencia (España), 1998, pág., 40.

averiguar la verdad de las firmas y en base a supuestos no confirmados mediante verificación pretendiera dictar decisiones sobre la procedencia, o no, del revocatorio.

Es bien sabido, y ya hemos hecho referencia a esto, que existen distintos niveles y destinatarios de la justificación: no se justifica de la misma manera la corrección de un silogismo que un aserto de la física o que la formulación de una preferencia política, y esto incide, mediante procedimientos de variada naturaleza, en la clase de justificación que debe contener un acto administrativo para que, además de cumplir la estricta legalidad, sea legítimo.

Para explicarlo con otras palabras: ya hemos dicho que en los lenguajes llamados artificiales, como el de las ciencias formales (la matemática, por ejemplo), cuyos significados son exactos, la justificación que procede es de tipo *demonstrativa*; no así cuando se trata del significado de las disposiciones legales, en donde no es posible hablar de verificación ya que el significado no es un fenómeno empírico, ni las palabras tienen insito un significado que el intérprete debiera descubrir, toda vez que la disposición se formula mediante el lenguaje natural, del que el lenguaje jurídico es derivación, y de ahí que cuando se intenta justificar el significado de una disposición legal (y las que rigen los referendos revocatorios son disposiciones legales), dicha justificación se formula en términos de *argumentación*, esto es, de buenas razones, de coherencia, etc; y cuando estamos en el ámbito de los fenómenos empíricos o fácticos (y la recolección de firmas es un fenómeno empírico fáctico) hablamos de *verificación* de lo ocurrido en la realidad y la justificación se formula en término de verdad o falsedad.

Es por lo que antecede que las disposiciones que rigen los procesos referendarios hablan de *verificación de las firmas*, pues es el método que se adapta a la *naturaleza intrínseca del hecho* de la recolección de las firmas, verificación que ha de realizarse con los mecanismos técnicos de verificación más autorizados y fiables para llegar a la verdad de lo que realmente ocurrió; *no con mecanismos*

sustitutivos que cambien el objeto de la prueba por una muestra aleatoria que, al final, da como resultado una prueba sólo parcial que nunca puede proporcionar fiabilidad a la decisión final.

4.3.8. Conclusiones.

1.- El principio de la buena fe *la buena fe representa el componente ético jurídico del principio de confianza, que demanda un respeto recíproco en las relaciones jurídicas, respeto al otro en el ejercicio de los derechos, y, en todo caso, el comportamiento que se puede esperar entre los sujetos que intervienen honestamente en el tráfico jurídico en general.* Este principio se aplica en dos vertientes: el comportamiento del CNE como órgano de la Administración y el comportamiento de los electores como ciudadanos que se relacionan con la Administración.

1.1.- El CNE cumple con la buena fe si sigue la conducta propia y normal del poder electoral, que sirve de árbitro en los procesos de referéndum revocatorio, y la conducta propia y normal como órgano administrativo inscrito dentro de la función pública del Estado venezolano, lo que se verifica mediante la producción de decisión que cumplan con la legalidad y la legitimidad de los actos emanados del órgano electoral, mediante el cual se le concedan a las partes en competencia *igualdad de condiciones para el ejercicio de sus derechos, mediante la exigencia de los requisitos que, conforme a la legislación, sean necesarios para el ejercicio de los derechos.*

1.2.- En relación a los administrados *La aplicación de la buena fe conllevará, por otra parte, la confianza de la Administración en que el administrado que con ella se relaciona va a adoptar un comportamiento leal en la fase de constitución de las relaciones, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones frente a la propia Administración y frente a otros administrados. La buena fe de la Administración frente al ciudadano consiste en la confianza de que*

éste, no sólo no va a ser desleal con el comportamiento honesto de la Administración, sino que tampoco va a utilizar a la Administración para obtener en su beneficio resoluciones contrarias a la buena fe de otro ciudadano.

Así, la buena fe *no sólo no impide* la investigación cuando existen dudas respecto a los actos que quieren producir los particulares, *sino que también impone*, conforme al artículo 445, que negada la firma le corresponde a la parte que promueve el documento demostrar la autenticidad de la misma; y conforme a lo que se desprende del artículo 9 del Decreto N° 368, con rango y fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos (publicado en Gaceta Oficial N° 5.393 Extraordinario del 22 de octubre de 1999) *no se puede invocar la buena fe para cubrir las posibles excepciones al comportamiento normal del ciudadano*; en el caso del referéndum, no se puede invocar la buena fe para blindar contra toda investigación las firmas sobre las que existen dudas razonables. En fin, la buena fe en Derecho no sirve para amparar conductas anormales ante la Administración. Las decisiones del árbitro electoral han de basarse en la certeza, y sólo así atribuir las consecuencias jurídicas que correspondan: en el caso del referéndum, convocar al mismo si se han cumplido los requisitos exigidos y decidir la no convocatoria en caso contrario.

La buena fe que hay que proteger no es de carácter *subjetiva* sino de carácter *objetiva*, para lo cual se requiere, en casos de dudas razonables que se puedan aclarar, proceder a la verificación; de otra parte, la buena fe objetiva a proteger con el propósito de salvaguardar los intereses colectivos y la tutela de los derechos de los ciudadanos en un marco de pluralismo político pasa por considerar, como ya se ha indicado reiteradamente, dos valores antinómicos, a saber:

1.- los derechos de los ciudadanos cuya opción política de preferencia se proyecta a favor del referendun revocatorio presidencial, y

2.- las preferencias políticas de otro grupo de ciudadanos que se manifiestan en contra de esa opción y prefieren la continuidad del mandato presidencial.

De manera, pues, que presumir una buena fe subjetiva a favor de las firmas recolectadas para convocar el revocatorio presidencial y, como consecuencia de ello, tomar una decisión que convoque a referéndum revocatorio presidencial sin hacer las verificaciones correspondientes, que determine la realidad de la verdadera voluntad popular da lugar, cuando menos, a dos flagrantes violaciones del Ordenamiento jurídico:

a.- se vulneraría el principio de la buena fe, ya que un grupo de ciudadanos (los representantes de la oposición) estarían utilizando a la Administración (al CNE) para obtener en su beneficio resoluciones contrarias a la buena de fe de otros ciudadanos (aquellos que no quieren el referéndum revocatorio presidencial)

b.- se vulneraría el *derecho a la igualdad de tratamiento de todos los ciudadanos ante la ley y en el ejercicio de sus derechos*, por la evidente *discriminación* a aquellos que prefieren que no haya referéndum revocatorio presidencial, puesto que una eventual decisión que convoque al referido referéndum sin que se cumplan los requisitos del número de firmas necesarias para ello vulnera los derechos de quienes prefieren que el referéndum no se realice.

En el mismo sentido, se daría un trato discriminatorio a los sectores de la oposición en el caso inverso: decidir que no hay referéndum revocatorio presidencial sin los elementos de confirmación suficientemente depurados, esto es, sin que se evidencie que no se han recolectado el número de firmas necesarias para convocarlo y, por tanto, se determine cuál ha sido la referida voluntad popular respecto al referéndum revocatorio presidencial, sería privilegiar al grupo de ciudadanos que prefiere optar por la no realización del referéndum revocatorio al Presidente. Y

cualquiera de estas dos decisiones, entre otras incorrecciones, vulneraría además de la buena fe, el derecho a la igualdad.

También es importante *diferenciar entre la buena fe de los ciudadanos venezolanos firmantes*, que merecen respeto y confianza porque han procedido de buena fe, y *la mala fe de los representantes de la llamada oposición*, en los que evidentemente no se puede confiar, porque sus acciones no hablan bien de la mayoría de ellos ni se dirigen a lo que es el comportamiento *normal* de los grupos de oposición.

2.- El doble orden de implicaciones del principio de la buena fe, para el CNE y para los electores que siguen a los distintos grupos y tendencias políticas, por un lado, y el principio constitucional de igualdad de los ciudadanos ante la ley, por el otro, hace necesario que el CNE en su condición de árbitro electoral, obligado por la normativa administrativa a proceder de buena fe en el ejercicio de sus actuaciones y en la toma de decisiones, tiene el deber de tutelar los derechos de las dos partes en competición, a favor una y en contra otra, por el referéndum revocatorio presidencial. En consecuencia:

2.a.- Si el CNE validara firmas sobre las que existen dudas razonables sin los reparos correspondientes violaría el principio general de la buena fe de quienes se oponen al revocatorio presidencial, porque se estaría tomando una decisión que no se basa en el comportamiento normal del ciudadano que quiere el revocatorio ni en el *respeto recíproco en las relaciones jurídicas, respeto al otro (al que no quiere el referéndum revocatorio presidencial) en el ejercicio de los derechos de quienes desean activar el revocatorio*, y,

2.a.1.- *En todo caso, tampoco sería una decisión basada en el comportamiento que se puede esperar entre los sujetos que intervienen*

honestamente, ni podría afirmarse que los sectores de oposición que quieren el revocatorio no hayan utilizado a la Administración (el CNE) para obtener en su beneficio resoluciones contrarias a la buena fe de los otros ciudadanos que no queremos el revocatorio y, por tanto, sólo lo aceptaríamos si se cumplen los requisitos,

2.a.2.- También violaría el *principio constitucional de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley al privilegiar inadecuadamente los derechos de los individuos y grupos políticos que están a favor del referéndum revocatorio presidencial discriminando los derechos de los individuos y grupos políticos que no quieren el referéndum revocatorio presidencial. No ha de olvidarse que es obligación del Estado, por conducto tanto de las Administraciones Públicas como de los distintos poderes del Estado, promover la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos y grupos en el ejercicio de sus derechos constitucionales, y favorecer el revocatorio sin que se aclaren las dudas existentes respecto a las firmas en observación sería privilegiar a quienes desean activar el revocatorio discriminando a quienes se manifiestan por la opción contraria.* Para no vulnerar la buena fe y proteger sin discriminación los derechos constitucionales de ambas partes en competencia se debe proceder, con los reparos, a despejar las dudas existentes respecto a las firmas en observación.

3.- Estamos de acuerdo con la oposición en que se debe privilegiar la voluntad del elector. Ahora bien, para entender lo que significa afirmar que se debe privilegiar la voluntad del elector, hay que establecer algunas premisas que nos lleven a la comprensión de este asunto.

3.1.- No se trata de determinar cuál es la voluntad subjetiva, libérrima, interna e intransferible del votante sino, antes al contrario, de ver cuál su voluntad manifestada en su declaración exterior, en su manifestación de voluntad que viene

materializada en el acto de firmar que ha realizado, porque, en primer lugar, tratar de ver su voluntad no expresada (sujetiva) es procurar tomar decisiones sobre el referéndum en base a creencias y supuestos no confirmados con la realidad, lo cual tacharía de arbitraria cualquier decisión que se tome, sea a favor o en contra del revocatorio, y en segundo lugar, la voluntad interna y psicológica del ciudadano es un hecho psíquico, cuya prueba es imposible sin un elemento de objetivación, de modo que, como tal hecho psíquico, no es verificable intersubjetivamente. Por tanto, al ser relevante la voluntad del elector, y ante la imposibilidad de controlar y determinar el hecho psíquico interno de su voluntad, se recurre a la voluntad declarada del elector, porque “la declaración es, en realidad, un hecho <<material>> que forma parte de los fenómenos sensibles y verificables intersubjetivamente”; esto es, la declaración es un suceso empírico que no se distingue (al menos desde el punto de vista de la prueba y de una forma muy general) de otros comportamientos materiales”, dada “la equivalencia funcional entre voluntad y declaración.

Sin embargo, como lo antes dicho puede traer consecuencias negativas en el sentido de que pueden existir diferencias entre *voluntad* y *declaración* que puedan obstruir la verdadera intención del elector, la única forma de subsanar las posibles diferencias entre voluntad y declaración es que se pueda disponer de las declaraciones provenientes del propio autor del hecho psíquico, esto es, que en el acto del reparo se le tome la firma y la huella al ciudadano y se proceda a determinar la veracidad de la estampada por él en la planilla de la casa de la moneda.

3.2.- De lo anterior se desprende con toda claridad que, para poder privilegiar la voluntad del elector hay que determinar cuál ha sido la verdadera voluntad del elector, para lo cual se debe proceder a la reconstrucción adecuada de aquellas firmas en las que existe duda, esto es, a la toma de la firma y la huella dactilar de todas aquellas que el CNE ha pasado a observación, y de allí poder concluir con la afirmación de que la voluntad del elector ha sido, según corresponda, convocar o no al referéndum revocatorio.

Nuevamente hay que insistir aquí que, privilegiar la voluntad del elector significa no sólo proteger la de quienes quieren el revocatorio sino también la de quienes se oponen a la realización del mismo, con lo cual hay que tutelar ambos derechos, procediendo a determinar cuál fue la voluntad del elector sin discriminación de ninguno de los grupos en competencia.

Esto permite concluir que, si en la duda no se busca aclarar lo sucedido sino que la duda sirve para privilegiar un grupo de electores, entonces se discriminaría al grupo contrario en violación del principio de igualdad, de modo que la duda hay que aclararla y si, culminada la investigación, la duda persiste, se debe proceder según las reglas de la carga de la prueba: ha de sufrir las consecuencias de la falta de prueba quien tenía la carga de probar el hecho que alegaba y/o la pretensión que sostenía. Pero esta última situación no parece que tenga posibilidades de presentarse, toda vez que en los reparos ante el CNE se aclarará la validez o invalidez de las firmas en observación.

4.- La presunción de inocencia es una *regla de juicio* y una *regla sobre la carga de la prueba* para cuando en el juicio no se han podido aclarar las dudas iniciales; pero no es una regla que opera a favor del ciudadano otorgándole inmunidad en el sentido de impedir cualquier investigación dirigida a investigar para aclarar lo que realmente ha sucedido, en este caso, para determinar la validez o no de las firmas en observación. Así, *el derecho a que se presuma la inocencia*, por obra de la oposición se pretende convertir en algo que no es: *en un derecho a ser inocente y, por tanto, en un derecho a que no hayan investigaciones que determinen la existencia, o no, de inocencia*.

4.1.- *Como regla de juicio o, quizás mejor, como principio metodológico que orienta la investigación desde la neutralidad*, la presunción de inocencia, como ha dicho J. IGARTUA SALAVERRÍA (Catedrático de la Universidad de San Sebastián

–País Vasco-) *no sirve para expresar el convencimiento inicial del juez sobre la inocencia del acusado*, y como ha dicho PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ (Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Supremo Español), impone al juez el deber de asumir, desde la neutralidad, la acusación como una hipótesis que sólo puede llevarle a la afirmación de culpabilidad a través de la comprobación cuidadosa del fundamento probatorio de cada uno y de todos los elementos de la imputación, según lo que resulte del juicio. Cuando esa hipótesis no pueda entenderse confirmada habrá de prevalecer, sin reservas, la afirmación constitucional previa de inocencia del acusado.

En fin, cuando se parte de la presunción de inocencia como presupuesto, el fracaso probatorio de la hipótesis de la acusación –sea cual fuere la causa– sólo puede confirmar el *status* de inocencia preexistente.

4.2.- Como regla sobre la carga de la prueba, la presunción de inocencia sirve en el Derecho Penal para cumplir dos funciones garantistas: 1.- para asignar la *carga* de la prueba al acusador, a quien corresponde probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, y para fijar el *quantum* de la prueba, en el sentido de que la culpabilidad ha de quedar probada más allá de toda duda razonable.

4.2.1.- Como las reglas sobre la carga de la prueba son distintas en el derecho penal y en el Derecho Administrativo, la presunción de inocencia como regla de la carga de la prueba tiene en este último algunas modulaciones diferentes a las que acabamos de ver para el Derecho Penal.

4.2.1.a.- En el Derecho Administrativo, y en el caso de las firmas colocadas en observación por el árbitro electoral ni estamos en el ámbito penal ni se está tratando de determinar *a priori* la culpabilidad de nadie; como estamos en el ámbito del Derecho Administrativo (Derecho Público) de lo que se trata de averiguar es si la persona firmó o no firmó, resguardando siempre la presunción de inocencia,

porque ni no fuese así y se presumiera, en cambio, la culpabilidad o el fraude, pues no se investigaría, no se averiguaría para determinar cuál es la verdad en las firmas de procedencia dudosa sino que, simplemente, se dijera que las personas cometieron un fraude o que no firmaron porque presumimos que no han firmado y que las firmas entregadas obedecen a un fraude.

Las reglas de la carga de la prueba obligan a que quien sostiene una pretensión debe probar los fundamentos de la misma y, en caso de fracaso en la prueba producida para fundamentar su pretensión, debe sufrir las consecuencias de la falta de prueba, es decir, la falta de prueba de la validez de las firmas en observación, caso que no se vaya al reparo, lleva como correlato necesario la negación de su pretensión de convocar a referéndum revocatorio.

4.2.1.b.- El resguardo a la presunción de inocencia del ciudadano que firmó queda evidenciado en el hecho de que se está procediendo a la verificación para determinar la autenticidad de la firmas, y ello desde la neutralidad, puesto que tal investigación no constituye un juicio a favor ni en contra de la firma estampada, ni constituye la afirmación de que no es inocente la persona que presuntamente firmó; simplemente que ante la duda se trata de aclarar cuál es la realidad del documento objeto de dudas.

Y cuando se parte de la presunción de inocencia como presupuesto, el fracaso probatorio de la hipótesis de quien no ha podido fundamentar el hecho que sustenta su pretensión –sea cual fuere la causa- sólo puede confirmar el *status* jurídico preexistente a la petición formulada, y viceversa: el éxito probatorio de quien afirma una pretensión lleva al éxito de lo solicitado, que debe ser acordado por el árbitro electoral, so pena de incurrir en arbitrariedad en caso contrario.

Lo que no resulta admisible desde la presunción de inocencia es que en la duda se determine que llevan la razón quienes tienen su firma en observación por el

CNE, que es lo que pretende la oposición al invocar el *in dubio pro elector* como formando parte de la presunción de inocencia. Y no es posible invocar el *in dubio pro elector* en materia de Derecho Público, por lo siguiente:

a.- porque lo que existe en la materia penal (que no es el ámbito de los reparos ni de las firmas en observación) es el *in dubio pro reo*, del cual el pretendido *in dubio pro elector* pudiera ser una extensión pero **regiría solamente en materia penal**, esto es, en caso que se esté procesando a alguien de fraude y existan dudas respecto a la comisión del mismo o a la prueba del elemento volitivo del ilícito, dudas que no hayan podido aclararse en el procedimiento dirigido a esos fines, en cuyo caso la presunción de inocencia como regla sobre la carga de la prueba y como regla de juicio hace que se proceda en beneficio del elector manteniéndole la libertad o, lo que es igual, no privándole de la misma. Pero, insisto, esto rige en la materia penal, que no es la propia de lo que se está discutiendo con los reparos y las firmas en observación por el CNE.

b.- porque al ser la materia del Derecho Público la de los reparos y la de las firmas en observación, las reglas que rigen consisten en que la duda es un estado de incerteza en las que no puede afirmarse ni negarse nada respecto a la pretensión aludida: en el caso de la pretensión de convocar a un referendo revocatorio presidencial, no podría afirmarse nada, ni a favor ni en contra; porque la duda impide afirmar que se cumplen los requisitos para convocar el referéndum revocatorio, y también impide afirmar lo contrario, es decir, que no se han cumplido los requisitos para convocar el referéndum revocatorio.

En estos casos de duda es necesario que quien afirma una pretensión la pruebe y, por tanto, se proceda a aclarar la veracidad de las firmas mediante los reparos correspondientes, y si no se produce la prueba, quienes están obligados a probar han de correr con las consecuencias de la falta de prueba.

5.- Es completamente falso que se la haya invertido la carga de la prueba al elector cuya opción se manifiesta por querer convocar al referéndum revocatorio presidencial.

5.1.- El no probar significa la derrota: *O provare o soccombere*. Conforme a las reglas clásicas del Derecho quien alega una pretensión debe probarla y quien se excepción debe probar el fundamento de su excepción; por tanto, si un grupo de electores de oposición quiere convocar a un referéndum revocatorio presidencial y existen dudas sobre una cantidad de firmas que el CNE ha pasado a observación y reparo, ¿a quién le corresponde probar?, sencillamente a la parte que afirma unos hechos que no están suficientemente fundamentados como para que no existan dudas y pueda la Administración, en este caso el CNE, acogerlos en su plenitud y en su verdad, como es de esperar cuando estamos en presencia de datos fácticos a reconstruir.

En consecuencia la falta de prueba significaría la derrota de la pretensión de la oposición a convocar un referéndum revocatorio presidencial, y de ahí que, en un primer análisis, conforme a las reglas clásicas de la carga de la prueba, corresponde a quien afirma, en el caso del referéndum revocatorio presidencial, a la oposición y/o los firmantes en contra del Presidente Chávez, probar los hechos que afirman.

5.2.- Conforme a las reglas modernas del derecho probatorio ha surgido lo que se ha llamado la doctrina de la facilidad probatoria, que consiste en una flexibilización de los mecanismos tradicionales de distribuir la carga de la prueba, de modo que ante la existencia de un conflicto en el que sea necesaria alguna prueba para aclarar la controversia, dicha prueba ha de suministrarla cualquiera de las partes que tenga más cercanía con el dato probatorio y, por tanto, más facilidad de aportarlo a la controversia que se dirime; por ello, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo

Español del 29 de octubre de 1987, “suele acudir a atribuir a cada parte la prueba de aquello que le sea más fácil acreditar por estar más próximo a la misma”.

De acuerdo con estas reglas modernas, también le corresponde a los grupos de oposición que pretenden convocar al referéndum revocatorio presidencial, toda vez que son ellos quienes tienen la facilidad de aclarar con su testimonio, firma y huella dactilar, que ellos aparecen efectivamente aportando su firma en las planillas de la casa de la moneda con el deseo de convocar al referéndum.

6.- El método aleatorio para proceder a los reparos no es aceptable porque tiene graves inconvenientes respecto de la transparencia de la decisión y, sobre todo, respecto a su objetividad y su verdad, y estos elementos son imprescindibles, tanto para resolver con legitimidad el conflicto de las partes en competencia dentro de la controversia política por el referéndum revocatorio presidencial, como para respetarle a todos los grupos políticos, de oposición y de gobierno, el principio constitucional de igualdad de los ciudadanos ante la ley y en el ejercicio de sus derechos, de donde surge la obligación del Estado y de sus instituciones (como el CNE) de promover la igualdad real y efectiva de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos.

En el caso del método aleatorio, se trata de una **reconstrucción probatoria indirecta** en la que se renuncia al verdadero hecho a probar, esto es, si el elector realmente firmó o no, y se sustituye por otro distinto, esto es, la frecuencia estadística que consiste en partir del supuesto según el cual si un determinado porcentaje de firmas es correcta conforme al método de verificación aleatoria entonces el resto de firmas no revisadas también son correctas, en la misma proporción o frecuencia estadística en que han resultado correctas aquel porcentaje de firmas llevadas, por así decirlo, al laboratorio del examen y revisión.

Cuando ocurre esta **sustitución** la base de la decisión del CNE ya no es la revisión del universo de firmas en observación sino que la base fundamental de la

decisión deviene de la frecuencia cuantitativa en que se presente la regularidad de firmas correctas en el reducido número de firmas realmente evaluadas en laboratorio.

Y con esto se marca una diferencia abismal entre la frecuencia estadística, que de por sí no se refiere al hecho específico a probar, y la hipótesis sobre ese hecho específico, que es el verdadero objeto de la decisión: El hecho específico a probar son las firmas de los electores, y las hipótesis sobre ese hecho es si las mismas son verdaderas o falsas, y esto constituye la base de la decisión que debe tomar el CNE; pero esto resulta totalmente alterado y cambiado si se acepta la aplicación de los métodos aleatorios. Me explico: La frecuencia estadística del método aleatorio no se va a referir al hecho específico a probar sino al porcentaje de probabilidad y frecuencia en que se proyecta la muestra aleatoria, esto es, de la muestra porcentual del número de firmas que se seleccione se determinará por ejemplo que de las veinte seleccionadas diez son válidas, o diecisiete son válidas, todo según el resultado que arroje el examen estadístico del muestreo de firmas seleccionado, y ese porcentaje de firmas válidas que resultan del examen estadístico se le endosa al resto de las firmas no revisadas.

Este paso de las firmas revisadas aleatoriamente a las firmas no revisadas aleatoriamente, pero también objeto de reparos no está –por decirlo así- <<incluido>> en el cálculo estadístico y, por tanto, los resultados de ese cálculo deben ser asumidos al objeto de una ulterior valoración, dirigida a establecer si pueden representar, y, en su caso, en qué grado, elementos de aceptabilidad de las hipótesis sobre el hecho que se trata de probar, esto es, el universo total de firmas objeto de reparos. . .

En consecuencia, esto da lugar a que, cualquiera que fuere el resultado de ese examen aleatorio, tiene el inconveniente de generar, con sobradas razones, la inconformidad de la parte que resulte derrotada y, por tanto, llevaría a la no aceptación del resultado, aparte de las dudas razonables que tal método dejaría sin

resolver de cara a la decisión definitiva que el árbitro debe tomar, y es por todas las razones que acabamos de exponer que no se acepta este mecanismo aleatorio.

5. Conjeturas, propensiones y arbitrariedades de las instituciones jurisdiccionales: En relación a la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N°1022, del 26 de Mayo de 2005. Caracas, 195° y 146°.

I. Aspectos Generales. Una vez más la sistemacidad de un régimen institucional democrático permite la conquista de parámetros de legitimidad y legalidad suficientes como para dar por descontado que una sentencia de la misma Sala Constitucional, contrariamente negativa a la medida dictada por los magistrados de la misma Sala en sentencia N°634 del 26 de Abril de 2005, sea convertida en una sentencia cuyo razonamiento puede, incluso debe, limitarse a un mínimo e incluso único elemento jurídico-pragmático de legitimación. Dicho sea de paso, si en caso que la legitimidad de corte estructural conviniera en obviar (como lo hace de hecho la teoría de los sistemas simples y la teoría estructural-funcionalista), una necesaria pluralidad de elementos discursivos para justificar las sentencias jurisdiccionales, cómo requerimiento mínimo se exigiría que aquel único elemento estuviese en el núcleo central de la relación binómica que sirve de fundamento comunicativo intra-sistémico entre los subsistemas que conforman el sistema jurisdiccional (magistrado, institución jurisdiccional, Sala Constitucional, Ordenamiento jurídico).

Este núcleo central puede venir ser fundamentado a su vez, por dos elementos jurídico-comunicativos recurrentes: por un lado, los mandatos constitucionales que no se limitan al sistema jurisdiccional solamente y; por otro lado, los principios fundamentales que debido a la vinculación expresa del sistema constitucional, promueven a estos derechos (también fundamentales) como elementos limitativo-prescriptivos y dinamizadores-reflexivos de las acciones del sistema jurisdiccional. Sin embargo, difícilmente podríamos argumentar que la descripción normativo-conceptual antes descrita podría servir como fundamento de las razones de validez de la sentencia N°1022 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Un discurso político-justificativo-utilitarista expande su sombra pragmática sobre esta nueva y contradictoria decisión de la referida Sala, esta sombra deja abiertas las interrogantes sobre ¿cuáles son las causas que generaron tal decisión?, más cuando, los esta sentencia corresponde en su apariencia inmediata a una de las faltas más graves a la filosofía institucional positivista y a la conquista de las instituciones democrático republicanas de nuestro presente siglo. Y aunque parezca un tanto paradójico, a tal sombra no le es enfrentada la claridad de las justificaciones y de las razones de validación, puesto que la adjetivación pluralista de estas no se encuentra materializada en el razonamiento de la sentencia.

La ausencia de esta claridad representa a su vez, nuestra primera fuente de crítica a la decisión N°1022 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo. En primer lugar, y atendiendo a la centralidad del modelo de exclusiones impuesto por el razonamiento de la Sala Constitucional, resulta imprescindible atender a los fundamentos de la necesidad suprema expuesta por los magistrados de dicha Sala: Esta necesidad proviene de la incapacidad institucional de ofrecer una respuesta clara y concisa a la problemática planteada el 1° de Diciembre de 2004, contentiva de un recurso de nulidad contra la Ley para la Designación y Destitución del Contralor o Contralora del Estado, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°37.304 del 16 de Octubre de 2001. En aquella ocasión jurídica los magistrados de dicha Sala convinieron en Admitir el recurso de nulidad por inconstitucionalidad propuesto contra el artículo 3 de la referida Ley, al tiempo que decide que, niega la medida cautelar solicitada en cuanto a la suspensión del artículo 3 de dicho texto normativo, y en este sentido, cabe la interrogante ¿está constitucionalmente obligada o en su defecto autorizada la Sala Constitucional para dar por supuesto (lo que es cuestión de justificación) que existe un nuevo y distinguible contexto institucional que amerita una revisión de la sentencia 634 de la misma Sala, y en tanto y mucho más, cuando dicha revisión implica una superación del carácter negativo de aquella decisión para encausar las fuerzas jurisdiccionales a

una prescripción que detiene en su justa y total extensión los concursos públicos para el nombramiento de los contralores y contraloras de Estado (regionales)?. Interrogante a la cual nos abocaremos de inmediato, tratando de analizar las medidas que el Estado Social y democrático de Derecho impone a la facultad de determinar ¿cuándo y cómo tomar una sentencia en virtud de la suspensión inédita de una medida tomada por un mismo órgano (incluso de la misma jerarquía positiva)?

En segundo lugar, y como acción programática de complementación de la crítica al razonamiento jurídico utilizado por los magistrados de la Sala Constitucional en su decisión 1022, tal aclaratoria estará enmarcada posteriormente en una confrontación con los fundamentos derivados de la unificación de aquel principio del relego de la necesidad de incluir una pluralidad de razones de justificación, y de la capacidad que poseen las instituciones de una democracia mínima para convenir en estructurar un esquema de legitimación no necesariamente razonado que, por lo general, se fundamente en la posibilidad de que la autoridad institucional pueda desestimar, a conveniencia, el mérito obligatorio de convertir en axiomas los elementos que real y democráticamente se deben justificar.

II. Sobre la justificación no autoritaria ni arbitraria para determinar cuándo y cómo sentenciar sobre la base de la insuficiencia jurídico-política de una decisión tomada con anterioridad por el mismo organismo o por un similar jerárquico. Existen seis elementos demandados por el paradigma del Estado social y democrático de Derecho, para justificar una sentencia que tenga como finalidad principal la complementación de una decisión tomada anteriormente: 1. La presunción de capacidad de la institución jurisdiccional; 2. La separación expresa entre contextos temporales (jurídicos y políticos) de sentencia; 3. La obediencia a los mandatos constitucionales expuestos como mandatos de obligatoriedad en cuanto a defensa y garantía de los Derechos Fundamentales; 4. La existencia de una garantía en la sentencia, observada en el justo momento en que la sentencia (con contenido negativo y luego con contenido positivo) subordine sus presupuestos sustanciales a la inclusión

en su esencia de razonamiento a los principios fundamentales; 5. La inculcación técnica de elementos jurídicos en la sentencia, limitando al menos a estos en elementos instrumentales mínimos como la imparcialidad, la veracidad y el control jurisdiccional; 6. La inclusión de garantías sustanciales que recojan las antes descritas, al tiempo que muestren un entendimiento del juez de la imprescindibilidad de que el razonamiento y las sentencia estén impregnados y inscritos respectivamente en ellas.

Estos seis presupuestos de cumplimiento jurídico obligatorio denotan un grado aceptable y legítimo (mínimos) de apego del razonamiento jurídico de una sentencia a los mandatos del Estado de Derecho en primer lugar (garantías procesales), y a los mandatos del Estado social y democrático de derecho (garantías sustanciales); un grado que en la medida en que muestre con claridad tal inscripción e impregnación valdría en sí mismo, como sí mismo (por ser no sólo elementos complementarios del razonamiento, sino por ser elementos que encauzan las fuerzas jurisdiccionales del razonamiento a la garantía expresa de los derechos fundamentales) y como garantía recíproca de su efectividad (en la medida en que unos y otros se apoyen entre sí y llenen los espacios vacíos del ordenamiento en cuanto a la disminución de las posibilidades de que una sentencia sea producto de la arbitrariedad de los magistrados).

5.1. La Presunción de la Capacidad de la Institución Jurisdiccional: la capacidad de las instituciones jurisdiccionales es producto directo e indirecto de la consistencia institucional (y constitucional) de legitimación democrática extra principio de representación; en este sentido, corresponde a la jurisdiccionalidad construir un sistema autorreferente que permita la fortaleza de la vinculación de los mandatos democráticos suficientes para introducir la función de las instituciones jurisdiccionales en el mantenimiento y la construcción continuada de los derechos y garantías de los derechos que hacen posible la existencia intra y extra institucional de los principios básicos de la misma democracia representativa, como régimen político y del Estado mismo de Derecho como régimen constitucional.

En este sentido de autorreferencia existe una relación biunívoca entre capacidad de autorreferencia institucional, para la construcción de esquemas de legitimación democrática no representativa y, capacidad institucional para construir desde esa autorreferencia los mecanismos jurisdiccionales necesarios para que el sistema institucional se apegue expresamente al fortalecimiento de la democracia; al tiempo que esos mecanismos sirvan de igual manera al reparo de los derechos fundamentales que han sido afectados por una esencialmente imperfecta institucionalidad democrático-jurídica. En tanto este requerimiento se fue convirtiendo en un mandato constitucional, a través de las distintas etapas de la evolución jurídico-política del Estado de Derecho, el poder jurisdiccional fue adquiriendo mucha mayor autonomía con respecto a los nervios del poder Ejecutivo y del Parlamento, y no al contrario, como se creería conclusivamente desde las perspectivas meramente juristicistas.

El anterior requerimiento afecta directamente la capacidad jurídico normativa y político normativa de las instituciones jurisdiccionales, debido a que, al ser un sistema de legitimación autorreferente, (y aún así, su esquema de comunicación con el entorno del Estado (demás instituciones diferentes en esencia y en jerarquía administrativa) sea expresamente en favor de los principios de la democracia) es sólo y únicamente a través de tal esquema de autorreferencia institucional autorreferente que sus acciones, apegándose al concepto de capacidad institucional (incluso jurisdiccional), pueden mostrarse como legítimas en su esencia. Esta legitimidad puede observarse como producto de un conjunto de premisas orgánicas, evolucionadas desde el nacimiento de los principios del derecho natural (iusnaturalismo) hacia la garantía de los derechos fundamentales y hacia el reparo de los principios constitucionales, y en tanto, estas premisas (que necesariamente no pertenecen a un recetario de jurisprudencias, o a una clasificación expresa del ordenamiento) sean llamadas a la legitimación de las acciones de los magistrados de

justicia por un razonamiento que se aboque receptivamente a la justificación de la capacidad institucional, cumplirán su función autorreferente de legitimación.

Cuestión contraria e involutiva puede venir representada por un razonamiento jurídico que dé como presupuesto este apego prescriptivo a los procesos constitucionalmente permitidos de legitimación de la capacidad institucional, y en tanto lo realice, promueva a otros principios y otras premisas, con la misma esencia de autorreferencia, como premisas orgánicas de legitimación de las acciones fundadas en la capacidad institucional. En este punto es demostrada facticamente la incapacidad de las instituciones del Estado, y especialmente de las instituciones de jurisdicción, para dar por supuesto y axiomático lo que debe y es cuestión de justificación y validación, es decir, lo que en palabras de la filosofía pragmática se expone como la contraindicación y primacía de la verdad sobre la justificación, en tanto que, una (la verdad) no puede convenir en suponerse contra la otra (la justificación), o en su defecto, está última se proponga como sustituto de la primera.

Así descritos los elementos normativos, y pasando al análisis de los argumentos de justificación y validación del magistrado ponente en la decisión de la SCTSJ N°1022, encontramos tres incompletitudes que se convierten en extralimitación de los presupuestos de legitimación sobre los que se debe sustentar la legitimidad de los procesos de adjudicación negativa y/o positiva de decisión jurisdiccional, y sobre los que se debe fundar el razonamiento en torno a la legitimación de una acción específica que tenga como premisa básica y unívoca la capacidad institucional de ejecutar una y otra decisión sin prestación de atención ni intención al razonamiento necesario y correspondiente de justificación: Una primera incompletitud, hace referencia a la ausencia parcial de una necesaria y expresa justificación de la capacidad institucional de la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para tomar, en la medida que el caso representa una necesidad suprema jurisdiccional, una decisión totalmente contradictoria con la

anteriormente tomada por la misma Sala y los mismos magistrados; decisión que posee relación unívoca con la solicitud de suspensión del artículo 3 de la LDDCCE, por inconstitucionalidad -con el cual se exigía la suspensión de los concursos públicos para la designación de los contralores y contraloras de los Estados (regionales)-. Más cuando, esta primera decisión N°634 de la Sala Constitucional, que descansa en su fundamentación lógico-jurídica, sobre puntos de validación de similar e incluso igual magnitud.

En este sentido, cabe mencionar la inconsistencia del razonamiento de la Sala Constitucional en cuanto al punto crucial de informar, como condición mínima, sobre las razones de necesidad de una nueva decisión, sin importar, en principio, que dicha acción corresponda a una reafirmación de la anterior o a un relego negativo de aquella primera decisión. De esta forma se empiezan a observar las deficiencias pragmático-informativas sobre el razonamiento jurídico en torno a la premisa -dada por descontada, pero necesaria de validación- de un acceso a un grado aceptable de capacidad institucional de la Sala Constitucional, en cuanto a su función de reparar los daños ocasionados a los derechos fundamentales, debido a que, al existir una ausencia de dicha justificación, como condición mínima para aperturar un nuevo razonamiento sobre el caso -del cual se observó que la variación de las premisas no representa una alteración ni formal ni sustancial de su esencia de razones de validación- el proceso de decisión (juicio) para lograr convertirse en un proceso que se sustente en la facultad del ordenamiento positivo, ha de estructurar una nueva validación posterior, la cual debe estar fundamentada como condición jurídica mínima en la exposición de qué daños se han de reparar, cuáles son los daños que se han ocasionado, en qué grado, y hacia qué derechos se han dirigido dichos daños. Esta es la segunda incompletitud del razonamiento de la Sala Constitucional en su sentencia N°1022, puesto que, en dicho proceso de justificación, no existe una premisa o un conjunto de premisas que den cuenta de, en tanto que exista un hecho sobre el cual ejercer el recurso de prescripción positiva y facultativa, una afección

negativa a los derechos fundamentales y a la función de la Constitución de mantener niveles más que aceptables de cohesión y estabilidad institucional y social.

De este modo se queda contradicho en esencia la premisa de justificación interna de los ordenamientos jurídicos positivamente normados la cual demanda una existencia previa de un hecho, o de un conjunto de premisas inferenciales que, como condición mínima, llame al estrado a los detractores de alguna norma o de algún principio, para convertirse en sujetos de adjudicación de un proceso jurisdiccional. Descrito de un modo más práctico acudir al principio aceptado constitucional y por ello institucionalmente de "la inaplicación de un instrumento legal se [lo cual se] justifica cuando exista un interés de orden público que lo amerite, es decir, cuando esté en entredicho la protección de derechos constitucionales, cuyo amparo hace posible la convivencia de la sociedad", de manera que este principio se observe como predispuestamente recurrente en los procesos de designación de los Contralores y Contraloras de los Estados, corresponde a una perversión del principio mismo, en tanto que su justificación, para ser utilizado como elemento de autoridad y capacidad de las instituciones jurisdiccionales, debe acotar como ya se expresó las derivaciones cualificables (a qué derechos nos referimos) y cuantificables (en que grado de afección fue puesto en entredicho la protección, garantía y respeto de cuáles y cuantos derechos); cuestión contraria, como de hecho acaeció, representa como se dijo una corrupción de la utilización de este principio para validar el inicio de un nuevo proceso de decisión bajo la simple fórmula (que expresa una garantía procesal) capacidad institucional-necesidad de revisión de una decisión anteriormente tomada (y considerada en sí como válida y hasta necesaria).

Una tercera incompletitud se muestra en la ausencia de una justificación en cuanto a que, como condición mínima, existe una transformación de un contexto institucional y social que permita adjudicar verdadera capacidad institucional a la Sala Constitucional para revisar aquella sentencia sobre el artículo 3 de la LDDCCE N°634. Está inscrito en la filosofía institucional (casi dogmática) dominante en los

ordenamientos jurídicos normados, que existe una capacidad institucional para ejecutar la admisión de un argumento en contra de una sentencia ya tomada (apelación, revisión constitucional, ausencia de razonamiento jurídico válido, etc), y la transformación del contexto institucional y social es uno de los razonamientos que se permiten para validar dicha revisión; sin embargo, resulta imprescindible acotar que la figura del cambio de contexto está expresamente sometida a la premisa fundamental del respeto y la garantía de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales, para evitar así de esta manera, la adjudicación de capacidad institucional a una jurisdicción presta a la construcción de un esquema de procesos legales al servicio de las ideologías democrático-representativas de turno en los órganos Parlamentarios y Ejecutivos del Estado.

De manera tal que, la utilización de esta premisa de razonamiento, sea realizada bajo la más expedita autonomía de los órganos de jurisdicción y de los requerimientos funcionales en cuanto a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico, los cuales permiten capacidad de vinculación de las normas administrativas del régimen democrático. Sin embargo, sería incluso ilusorio, ante las deficiencias de razonamiento previstas en la sentencia N°1022, acreditar un razonamiento de este tipo a los magistrados de la Sala Constitucional encargados de la construcción de razones de validación de dicha sentencia, de tal manera que, quedaría sin efecto el presupuesto jurídico que otorga a la Sala Constitucional y que ésta supone como preconcebido, aquel principio sobre el reparo de los derechos fundamentales ante cualquier daño realizado por un sujeto intra o extra institucional, y aquel principio de inaplicación de un instrumento legal (...) cuando esté en entredicho la protección de los derechos Constitucionales... bajo aquella suposición, sería adjudicada la capacidad institucional suficiente a la Sala Constitucional para ejecutar la revisión de la sentencia N°634 en cuanto a la decisión de Negación de la medida cautelar solicitada en cuanto a la suspensión del artículo 3 de la LDDCE.

5.2. La separación expresa entre categorías espacio temporales y contextos institucionales (jurídicos y políticos) de la sentencia. Cuestión trascendental viene a colación en nuestro análisis al observar la ineficacia de los magistrados de justicia de la Sala Constitucional para, antes de ejecutar una revisión, más cuando tal revisión desemboca procedimental y conclusivamente en una contradicción antónima, colocar de manera expresa y sobre una argumentación clara los elementos jurídicos y políticos que expresan una separación precisa de los contextos institucionales y de los contextos político-jurídicos en que se han de tomar ambas decisiones, lo que determina principalmente la legitimidad de cualquiera de los argumentos que se esgrimen, no sólo ni únicamente para determinar en sí la legitimación de la capacidad institucional, como se describió anteriormente, sino también para construir los factores argumentales necesarios para incardinar las fuerzas de las instituciones jurisdiccionales a una revisión más que exhaustiva de los elementos ausentes de validación que, cuya función faltante permitió que aquellos razonamientos se mostraran más que incompletos, inicuos e inválidos al tiempo que se necesitó de una incardinación de dichas fuerzas hacia la constitución de una decisión totalmente contradictoria a la expuesta en la sentencia N°634, con respecto al artículo N°3 de la Ley para la Designación de Contralores y Contraloras del Estado.

Pero más allá de los detalles estructurales de la justificación, encontramos un esquema de inconsistencias en la metodología interna (basada en los presupuestos dados como válidos en sí y por sí mismos) de justificación de la sentencia 1022 de la Sala Constitucional; ese nuevo esquema de inconsistencias se encuentra sustentado en el uso ilegítimo del razonamiento lógico-jurídico clásico (silogismo práctico), como mecanismo de estructuración de los argumentos fundamentales de decisión. La ausencia de parámetros de justificación ante una posible y/o plausible transformación del contexto institucional y del contexto social en el que se inscriben tanto la sentencia N°634, como la sentencia aquí analizada N°1022, deriva consecuencias no sólo en, y no sólo del, proceso de legitimación de la capacidad institucional, sino que

se sumerge en el núcleo de toda la argumentación de validación de la sentencia, en el preciso momento en que pareciese que, atendiendo a que es una necesidad suprema la que ha llevado primordialmente a la Sala Constitucional a ejecutar una revisión y a tomar una decisión contradictoria a la anteriormente tomada, es el mejor y principal argumento que se puede esgrimir para justificar, sin hacer daño a una visión de eficacia y coherencia en el respeto y la garantía de los derechos fundamentales, una acción jurisdiccional de tal tipología contradictoria.

Es en este momento, donde se demanda que los argumentos del razonamiento presten vital atención a la división expresa de los contextos de decisión, puesto que en tanto esto sucede, se dejará por sentado que aquella primera decisión (634 con respecto al artículo 3 de la LCDDE) no es parte de la ineficacia institucional de la Sala Constitucional, lo que permitió la dinamicidad de algún esquema de violación de los derechos fundamentales, sino que ha sido este mencionado cambio (o mejor transformación) de los elementos que constituyen el contexto jurídico-institucional, y político-jurisdiccional, el que ha llevado a tal revisión de aquella primigenia sentencia. Además, la argumentación en favor de la aclaración de una diferenciación de los contextos de decisión permite descalificar los elementos "racionales" en contra de la sentencia N°1022 que estén sustentados a su vez en la presencia de un arbitrio extrajurídico-positivo, de parte del o los magistrados de la Sala Constitucional. En este sentido, cabe destacar la pertinencia del silogismo práctico, en la medida en que, si bien la premisa mayor está sustentada en aquella norma que expresa "la inaplicación de un instrumento legal se justifica cuando exista un interés de orden público que lo amerite, es decir, cuando esté en entredicho la protección de derechos constitucionales, cuyo amparo hace posible la convivencia en sociedad", la premisa menor, como condición mínima, debe hacer referencia a la transformación de elementos fundantes de un contexto en el que se ha inscrito una decisión (aquella decisión primigenia 634), o de lo contrario, habrá de argumentar una errática definición de esa misma decisión que ha llevado a una decisión posterior, contentiva de una revisión de esta primera sentencia y de una decisión no ratificadora

de la primera, con lo cual quedaría demostrada la ilegitimidad funcional y utilitarista de la referida institución jurisdiccional; aunque necesariamente esto no afecte directamente la integridad de la legitimidad misma del conjunto de instituciones que integran el órgano jurisdiccional.

De esta forma queda demostrado que ante la ausencia de elementos que integren el razonamiento jurídico, cuyo contenido esencial sea la justificación de la necesidad de revisión de la sentencia N°634, el razonamiento general de la sentencia destinado a fundamentar racional y jurídicamente los elementos de justificación de la sentencia quedaría a su vez sin una base sólida de racionalidad, con lo cual, se colocaría a merced de un cúmulo de críticas insalvables y con una mayor carga de racionalidad lógico-epistemológica y lógico-jurídica; lo cual en definitiva y de hecho, entraría a conformar un esquema de violaciones de los derechos fundamentales en tanto que, permitiría la violación de las garantías procesales del razonamiento, y también la violación de las garantías sustanciales a los derechos fundamentales protegidos por nuestra Constitución.

5.3. La obediencia a los mandatos constitucionales expuestos como mandatos de obligatoriedad en cuanto a defensa y garantía de los Derechos Fundamentales. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, aún sin evaluar el impacto de su inconsistencia y demostrada incapacidad de resolver las decisiones en favor del resguardo de los derechos constitucionalizados, ha considerado de nuevo que existe (como premisa menor de su argumento de validación) una posibilidad extensa que hace presumir que, existe "una violación de los derechos y principios denunciados en el recurso de nulidad propuesto (12 de Mayo de 2005, por el abogado Franz Castillo Salazar) y que fue admitido por esta Sala, en virtud de lo cual se estima pertinente señalar(...) que si se aplicase dicha norma [artículo 3 de la LDDCCE] y en efecto se celebrasen los referidos concursos durante el transcurso del presente procedimiento y luego la Sala declarase su invalidez, serían irreparables los daños que se ocasionarían o los designados en

dichos concursos (...) con lo cual la premisa menor, correspondiente a este argumento quedaría inscrita en la clasificación jurídico-positiva que realiza la norma de "inaplicación de un instrumento legal se justifica cuando exista un interés general de orden público que lo amerite (...)" y por ende, quedaría descartada cualquier incompletitud del razonamiento jurídico que dé por sentada la posibilidad de invalidación de la sentencia que expresa "una providencia cautelar, que trata sobre la no aplicación de una norma de efectos generales así como la suspensión de los concursos para la designación de todos los contralores estatales (...)".

En virtud del entendimiento positivista de las citas anteriores, existe una validez inherente al razonamiento lógico silogístico, en tanto que, la evaluación, ejecución, nombramiento de jurados, y designación de las reglas del concurso y adjudicación de los cargos de contralor, al no estar fundamentados en un proceso determinado en su totalidad, sino en un proceso de legislación que ha de tener necesariamente una revisión un tanto exhaustiva de los artículos 2, 3, 7 y 10 de la Ley para la Designación y Destitución de los Contralores y Contraloras del Estado, está justificada su inaplicación y justificada por ende una sentencia que aplique tal disposición de suspender los concursos públicos para la designación de los contralores estatales.

Visto desde la filosofía positiva del Derecho, el razonamiento silogístico tendría todos los elementos de validación que permiten conceder legitimidad a la decisión tomada; sin embargo, esta validez provendría de una situación jurídica primigenia, única y novedosa y no de una situación jurisdiccional cuyos antecedentes sean la adjudicación de una inadmisibilidad de la demanda objeto de los autos en cuanto a la inconstitucionalidad de los artículos 2, 7 y 10 de la LDDCCE, y de una negación de la medida cautelar en cuanto a la suspensión del artículo 3 de dicho texto normativo. De reconocer aquella misma filosofía positiva, un entendimiento y por ende una diferenciación de las dos sentencias 634 y 1022 aquí analizadas, dicho entendimiento convendría y desmitificar la validez del silogismo presentado a través

de la metodología con el que fue expuesto, y retomándose la discusión por otros senderos jurídicos que admitirían la imprescindibilidad de reconocimiento de dichos antecedentes, como condición sine qua non del análisis y la aceptación de la premisa menor, e incluso de la premisa mayor, utilizada en dicho silogismo argumentativo.

Según algunos autores del positivismo jurídico, y especialmente de algunos miembros de la Doctrina Italiana del Derecho, es clara la prescripción del ordenamiento jurídico en torno al silogismo racional jurídico: un silogismo simple es utilizado en cuanto pertenezca a un proceso de decisión que no ha tenido ingerencia jurisdiccional anterior; sin embargo, en lo que respecta a un hecho jurídico que ha sido anteriormente citado en las instituciones de jurisdicción, más cuando la acción de estas hace referencia a una decisión prescriptiva (positiva o negativa) sobre el hecho jurídico citado, el silogismo práctico se convierte en un silogismo que alcanza altos grados de complejidad, en tanto que, debe recoger como premisa superior, no sólo las normas prescriptivas sobre el tema que disponga el juicio con arreglo a valores del magistrado de justicia, sino las normas o un razonamiento sobre las normas que fueron utilizadas como premisa mayor en la primigenia intervención jurisdiccional que prescribió una norma inferior sobre el caso jurídico en cuestión, de lo cual se deriva, aplicando este parámetro analítico a la sentencia N°1022, una incompletitud del razonamiento de validación debido a la inexistencia de la inclusión y del reparo a aquellas premisas (o premisa) superior anteriormente utilizada.

Consecuencia de esa incompletitud de reparo jurisdiccional en los antecedentes jurídico-políticos de la sentencia 1022 (claramente especificados en la sentencia de la Sala Constitucional N°634), se genera, a partir de la inconsistencia producto de esta misma incompletitud, un proceso de Juicio de tipo decisionista, donde el principio de validación y/o legitimación queda constituido de forma inmediata por juicios de valor, en un doble aspecto: por un lado, en el sentido del valor o de la fiabilidad del órgano juzgador y por tanto de la fuente de legitimación político-jurisdiccional; por otro lado, en el sentido de los valores y de las valoraciones

adoptadas por ellos como fundamento de su decisión, entre los que destaca principalmente el argumento valorativo del bien común y el interés público.

En este sentido se puede afirmar que, el carácter valorativo del juicio depende sobre todo del defecto de estricta legalidad del Derecho sustancial, a causa de la cual la actividad instructora de la jurisdicción y del propio ordenamiento positivo hacia las acciones de las instituciones jurisdiccionales, y que por tanto, no puede ser en sí cognoscitiva (entendimiento a partir de las obligaciones que se desprenden del ordenamiento) sino sólo valorativa, al no ser cognoscitivista sino valorativa en Derecho. Como conclusión de este correlato analítico podemos afirmar que, existe una violación a la obediencia a los mandatos constitucionales expuestos como mandatos de obligatoriedad en cuanto a defensa y garantía de los Derechos Fundamentales.

5.4. La existencia de una garantía en la sentencia, observada en el justo momento en que la sentencia (con contenido negativo y luego con contenido positivo) subordine sus presupuestos sustanciales a la inclusión, en su esencia de razonamiento, de los principios fundamentales. En el Estado social y democrático de Derecho es necesario que las acciones jurisdiccionales no sólo estén adscritas (especialmente en su razonamiento justificativo) al seguimiento y el reparo de los derechos fundamentales, sino que deben incluir en su razonamiento jurídico a los mecanismos necesarios para la conquista y la programabilidad del cumplimiento y la extensión de los espacios de acción de los derechos fundamentales, es decir, deben inscribir a estos en su interior, en su esencia misma, de suerte que no puedan violentarlos sin violentar los elementos de su propio razonamiento, y esta acción se puede observar como una completación del principio de estricta legalidad que protege las garantías de los excesos de las valoraciones y de las avaloraciones del magistrado de justicia.

De esta forma se puede mostrar el desapego de la sentencia N°1022 a estos requerimientos propios del Estado social y democrático de Derecho, requerimientos inscritos como norma constitucional. Tal desapego se expresa, en primer lugar, en la inexistencia de una versión razonable de cuantos derechos han sido, o como afirma la sentencia, se presume que han sido violados o pueden ser violados los derechos y los principios constitucionales; en la medida en que no existe ninguna cuantificación de los derechos y principios constitucionales que han sido, pueden o hasta serán violentados, tampoco existe un razonamiento válido que justifique la aplicación de tal disposición como elemento de validación de la sentencia N°1022. En segundo lugar, y cuestión mucho más compleja desde la perspectiva jurídica, en la inexistencia de una cualificación de los derechos y principios constitucionales que se han violentado, que pueden serlo o que van a serlo, en este sentido, cabe destacar la incompetencia racional de los magistrados de la Sala Constitucional para determinar cuáles han sido, son, o serán los derechos y principios bajo el adjetivo de violencia, puesto que esto determinaría a su vez una confrontación jurídica sana para el bienestar de la justicia procesal y de la justicia normativa, entre la importancia y la jerarquía de los derechos y principios constitucionales a colación, con lo cual quedan mayormente aclarados los niveles de apego o desapego a los principios y derechos fundamentales, con lo cual, y a partir de los cual, se puede estructurar un razonamiento en base a la inaplicación de una normativa positiva que contemple en su ejecución la violación de los derechos y principios fundamentales.

En este contexto, es necesario incluir el principio de prescriptividad de los ordenamientos jurídicos normados, donde es el hecho jurídico, determinado como tal, y supuesto ocurrido en cuanto tal, aunque no necesariamente ocurrido como tal o de tal forma, el que puede y debe ser incluido en la observación de las instituciones jurisdiccionales, de lo contrario entraríamos en una involución de las instituciones del Poder Judicial en cuanto a que, estaríamos regresando a aquellos procesos cuyos fundamentos son la posibilidad de existencia de tales o cuales posibilidades de hecho, y no de fundamentos basados en la existencia de probabilidades de post-factum que

permitan la adjudicación de tal o cual hecho jurídico a un sujeto a y de derecho. Queda expresa así, la violación de los condicionantes del paradigma del Estado social de Derecho, que versan sobre la existencia de una o un conjunto de garantías como norte y como esencia de las sentencias de los órganos pertenecientes al poder judicial.

Colocar como fundamento del razonamiento de justificación el respeto y la protección de los derechos fundamentales, requiere de una inherencia de los derechos y las garantías al verbo del razonamiento, lo cual asegura que, entendido en su plena extensión, este requerimiento convierte al razonamiento jurídico en un mecanismo propio de garantía de los derechos y principios constitucionales, más que en un mecanismo imperado desde estos principios y garantías.

5.5. La inculcación técnica de elementos jurídicos en la sentencia, limitando al menos a estos en elementos instrumentales mínimos como la imparcialidad, la veracidad y el control jurisdiccional. La inclusión de los cuatro elementos anteriores permitiría a los magistrados de justicia de la Sala Constitucional, la sustentación de su decisión (y primeramente de su revisión de decisión), en factores jurídicos de trascendencia institucional, representados a su vez por la imparcialidad, la veracidad (más verificación) y el control jurisdiccional. En cuanto a la imparcialidad, los cuatro elementos anteriores promueven un conjunto de fundamentos que permiten desmitificar las acusaciones no jurídica ni razonadamente válidas sobre el uso expreso del arbitrio de o los magistrados de justicia miembros de aquella Sala. En este sentido cabe destacar que nuestro ordenamiento positivo amerita, más que cualquier otro ordenamiento, un apego irrestricto, por su permisibilidad recelosa, a las disposiciones que él contenta en lo que hace referencia a las acciones de interpretación y a la utilización de fuentes de razones del Derecho distintas y distinguibles entre sí. Tal apego, cuyos elementos principales se encuentran contenidos en buena medida en los cuatro factores de razonamiento jurídico antes descritos, garantiza una imparcialidad del magistrado en cuanto que, permitiría que las premisas mayores utilizadas en el razonamiento silogístico, aún

cuando sean contradictorias entre sí (puesto que lo recomendable desde los principios del Derecho es que sean complementarias entre sí) sean justificadas en buena medida, con lo cual, se demuestra medianamente (lo que es aceptable ante la crítica jurídica) que no existe un esquema de arbitrariedad del magistrado en cuanto a la inclusión en la sentencia de una carga de arbitrariedad que corresponda a los intereses particulares de éste. Con ello, queda sentado que el razonamiento jurídico ha de servir incluso para el control de la arbitrariedad, en cuanto que, nos sólo permite como se ha afirmado desde su inclusión en la Constitución, una justificación jurídica de la sentencia en tanto ha respetado los límites del ordenamiento y en tanto ha utilizado todos los mecanismos a su disposición para hacer valer la verdad y la justicia (aunque en versiones limitadas de estos conceptos), sino también que cumple esta función en el momento en que permite una disminución de la carga de arbitrariedad del magistrado cuando, presentándose una situación contradictoria, acude a la observancia de un mecanismo inscrito en la médula del ordenamiento jurídico positivo (silogismo práctico) para debilitar las posibilidades de absolución de la inclusión de elementos arbitrarios (razones particulares) del magistrado, en tanto estos no cumplan los elementos requeridos para ser incluidos y no tengan como finalidad expresa y suprema la garantía de los derechos y principios constitucionales.

En cuanto a la veracidad, acudimos a una quiebra del principio inductivo propio del proceso de verificación y contrastación de las razones de justificación de las sentencias. Quiebra expresada en la insubordinación del razonamiento jurídico de validación de la sentencia N°1022, en tanto que, desde el inicio del proceso de justificación se empieza a violar la ley del inductivismo que expresa "nada puede ser dado por descontado" al tiempo y en paralelo que no admite la Ley del estadio positivo referida a "la subordinación constante de la imaginación a la experiencia del hecho sucedido". En lo que se refiere a la primera ley, el razonamiento da por supuesto que el contexto sociopolítico e institucional jurisdiccional ha variado en suficiente grado como para, dar por descontado que quedará la Sala eximida de toda culpabilidad de error en la medida en que su decisión contraria a la tomada por los

mismos magistrados pero en "otro contexto", y no posee razones ni elementos institucionales y jurídicos suficientes para ser mantenida como una decisión aceptable, aceptada y ratificable; claro está, de admitir dicha erraticidad la Sala Constitucional tendría que reparar un conjunto de violaciones a los principios y derechos fundamentales y en tanto esto ocurra, tendría como responsabilidad atender a cada violación por separado indemnizando cuando sea necesario, reconociendo cuando el mandato constitucional demande y asumiéndolo cuando el ordenamiento institucional (no sólo jurídico sino también democrático político) lo exija.

En lo que se refiere a la segunda ley, se da por descontado que existiría una posibilidad (y no una probabilidad de tanto o cuanto por ciento) sin atender a sus grados expresos, aunque siempre inexactos pero sí aproximativos, de que la aplicación del artículo 3 de la LDDCCE, disponga una marco de violaciones a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales que, genere una situación político-jurídica tan adversa que deje sin efecto las acciones y los recursos de las instituciones jurisdiccionales en cuanto al respeto, la materialización y la garantía de los derechos y principios fundamentales y constitucionales, de lo cual se deriva que, sólo la posibilidad imaginativa (entendida como una fórmula mágica del derecho) de una violación a estos derechos y principios, es razón suficiente para que una norma general no sea aplicada y sea aceptada una medida cautelar en favor de la suspensión de los concursos públicos para la designación de los Contralores y Contraloras de los Estados (regionales). Con ello no sólo quedaría demostrada en buena medida la incompletitud y las deficiencias epistemológicas del razonamiento utilizado para la justificación y/o motivación de la sentencia N°1022 de la Sala Constitucional, sino también las incompletitudes y las deficiencias racionales y jurídicas del razonamiento de la sentencia N°634, en lo que respecta al tratamiento jurídico-constitucional del artículo 3 de la referida Ley, con lo cual, no sólo los recursos y las acciones jurisdiccionales se mostrarían como insuficientes por cuanto en el lapso transcurrido entre las dos sentencias se habrían violentado los derechos y principios constitucionales, sino también y además, porque debido a la misma contradicción y

las mismas deficiencias ambas decisiones en sí, aún cuando contradictorias, no satisfacen los requerimientos de la constitución y del ordenamiento jurídico y no satisfacen las garantías y los reparos a los derechos fundamentales desde sí mismas, es decir, que ambas sentencias no resuelven siquiera en diminuto grado, las demandas solicitadas, tanto por los autos presentados contra la inconstitucionalidad de la LDDCCE, analizados en la sentencia N°634, ni del auto solicitado en la demanda de nulidad y suspensión de los concursos públicos para la designación de los contralores y contraloras de los Estados.

De ambos irrespetos se deduce una violación a los parámetros de control del poder jurisdiccional en tanto que, las acciones de la Sala Constitucional se acercan más a aquellos modelos de decisión basados en las presunciones a futuro, propias de un sistema legal interpretativo de las posibilidades institucionales del magistrado de justicia, y no de las posibilidades probalísticas que los hechos concurran en demostrar que a futuro de mantenerse una situación que aunque no ha producido un conflicto institucional y social, lleva en su seno una carga de conflictividad tal que es más probable que sea parte de los mecanismos de activación de dicho conflicto.

En este sentido, tal actuación representa un retorno a los modelos de judicialidad cuyos fundamentos de razonabilidad eran la posibilidad de que, por ser familia de un conservador, tal ciudadano tenía posibilidad de convertirse en un contrarrevolucionario y por lo tanto, preventivamente atendiendo a aquella posibilidad inocua, era necesaria atendiendo a los fines supremos de la constitución, privarlo de su libertad. De allí la demostración de un punto máximo de desatención a los fines supremos de la constitución de un Estado social y democrático de derecho y de un ordenamiento positivo inscrito en la filosofía garantista y democrática de una sociedad civilizada y occidental.

5.6. La inclusión de garantías sustanciales que recojan las antes descritas, al tiempo que muestren un entendimiento del juez de la imprescindibilidad de que

el razonamiento y las sentencia estén impregnados y inscritos respectivamente en ellas. Una de las necesidades de un razonamiento jurídico, en cuanto a razonamiento que abrirá las posibilidades de contrarrestar los efectos cuasi perversos de una decisión anterior, sin que tal revisión menoscabe la capacidad institucional y su visión de ser una institución eficiente, coherente y eficaz, es la necesidad de prever un punto intermedio entre las deficiencias presentes (lo que da fundamento racional a la posibilidad de revisión) en la decisión anterior, y las deficiencias que deben ser atendidas (no necesariamente aquellas deficiencias primeras) en la nueva decisión.

Esto con la finalidad de proveer a sus propias razones jurídicas de un andamiaje que permita la inclusión de las garantías sustanciales que recojan las garantías a los derechos, inscritas en la decisión antes tomada (en nuestro caso de la N°634) que necesariamente aunque no siempre en buena medida deben existir, para complementarlos con la inclusión y profundización de nuevas y novedosas razones jurídicas que garanticen en mejor y mayor medida los derechos fundamentales, de esta manera si bien, estaríamos en presencia de una contradicción de sentencias, no necesariamente estaríamos en presencia de una contradicción de la razones de justificación, lo que crearía una especie de subsistema tradicional del razonamiento, que implicaría a su vez un doble control jurisdiccional en tanto que quedarían expresamente denotados los elementos que pueden y deben ser utilizados para el razonamiento de validación de las decisiones de la Sala Constitucional, y en tanto que, esa expresividad se convierta en prescriptibilidad, no sólo de la Sala Constitucional, sino de todas las instituciones jurisdiccionales, atendiendo a la funcionalidad plural que permite la originalidad de la división de su trabajo jurídico.

Aunque se coloca como un deber ser de las instituciones jurisdiccionales, en un régimen democrático su práctica o su intento de alcance se coloca en primera fila de los fines supremos que deben encauzar todos los recursos institucionales, no sólo jurisdiccionales, hacia el cumplimiento de los mandatos del paradigma del Estado social y democrático de derecho.

Sobre la Sentencia N.634 de Abril de 2005 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Venezolano y sus contradicciones internas de validación.

Problemas de contenido de las razones de justificación de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

El problema general de la incompletitud de controles y fuentes de razones de justificación.

I. En la Sentencia de la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, STSJSC.Nº634/2005, de fecha 26 de Abril de 2005, que decide ante la causa interpuesta por los abogados Jorge Kiriahidis y Juan Pablo Livinalli, actuando como apoderados judiciales de Sonia Margot Pierluissi Hurtado, Andrés Julián Cruz Méndez, Juan Pablo Soteldo y Frank Roberto Castillo Salazar, existen justificaciones aparentes, que sirven de fundamento de la decisión, que se traduce en una línea jurídica general dirigida a demarcar las fuentes y controles de las razones de justificación de la Decisión tomada por los magistrados de dichas Salas: esa línea que se considera axiomática e inherente, está representada por el apego irrestricto e irrestringible al núcleo prescriptivo del ordenamiento jurídico positivo.

El apego a la línea positiva del ordenamiento normado impone aquí que la fuente de las razones de justificación se fundamenten en las premisas del mismo ordenamiento jurídico, en las premisas de sus conflictos de jerarquía y, en fin, de sus conflictos de capacidad interpretativa interior. Estos tres elementos constituyen la fortaleza expresa de un sistema prescriptivo positivo creado, utilizado, ejecutado y soportado por un conjunto de instituciones democráticas de amplia evolución histórica en cuanto a lo que corresponde a los elementos fundantes de la estabilidad y capacidad vinculativa del Estado y de los órganos que lo constituyen, es decir, unas

instituciones político jurisdiccionales donde la capacidad de respuesta a las demandas provocadas por los conflictos intraorganizacionales de cualquier órgano del Poder Público es inéditamente eficaz, realmente coherente y utilitaristamente eficiente. Sin embargo, es cuestión muy contraria a los pretendidos propósitos de los magistrados, denotada en la línea de razonamiento positivista que siguen y que acaba de indicarse, la situación jurídico política de transición que actualmente se vive en el nacimiento de la V República Venezolana, donde a menos de una década de iniciado el proceso de reconstrucción institucional, los vacíos del ordenamiento permiten una amplia gama de incompletitudes en el sistema jurídico, que deben ser llenados por un magistrado que entienda la inconsistencia de la legislación en sus propios grados y cualidades, al tiempo que, luego de entenderla, disponga de un conjunto de herramientas que le permitan abordar las distintas controversias procurando siempre, aparte de la justicia de la decisión, los elementos de legitimidad y eficacia que se demandan en el nuevo estado constitucional, social y democrático de derecho.

Sin embargo, a pesar de la recurrencia (mostrada *infra*) de las contingencias y riesgos de las inflexibilidades positivistas con respecto a la visión del ordenamiento jurídico, resulta increíble para la perspectiva de la investigación aquí planteada, la imprescindibilidad de argumentar siempre a favor de este mecanismo de dinamicidad del sistema jurídico como fuente preferente de las razones de justificación y como modelo de control de dichas razones.

Estrategia metodológica. Una: enfrentar el fallo consigo mismo en dos direcciones: la primera, desde todo el marco de posibilidades que, in extenso, permiten las mejores herramientas de razón positivista, tanto cuantitativa y cualitativamente (es decir, todas las razones que sean de tenor positivista y, al efecto, aplicables a la situación controvertida concreta, las halla explicado –ensayado– o no el magistrado ponente; y las mejores razones positivistas que puedan debatirse a tenor de la cuestión debatida, las halla ensayado o no el magistrado ponente). La segunda, desde el marco de posibilidades que permiten la propias razones utilizadas

por el magistrado, y aquí la cuestión consiste en reparar sobre la consistencia positivista de las razones que usa el magistrado, las posibilidades legítimas e ilegítimas de combinación de razones (las halla combinado o no el magistrado), y desde el marco de consecuencias que, en términos de razones, se permite extraer de las explanadas por el magistrado en su fallo; adicionalmente y como apartado de esta última cuestión, la determinación de los traslados que haga el magistrado de un corpus de razones a otras sin determinar, ex ante, los fundamentos que le asisten para 'cambiar de tercio': esto se debe ensayar tanto desde la perspectiva del mismo razonamiento positivista (razones que, proviniendo de la misma fuente positivista se excluyan entre sí al momento de combinarlas para argumentar la conclusión que se pretende en la situación fáctica concreta) como desde la perspectiva que resulte inadmisibles en torno a la combinación, indebida, de razones positivistas con razones del Estado Constitucional, social y democrático de derecho en un mismo debate controvertido en cuya solución no sea aplicable razones combinadas de escuelas tan dispares (positivismo y estado social y democrático de derecho)

Acudamos, pues, a colocar el caso de las contradicciones internas de la justificación de la referida sentencia respecto de su fuente de razonamiento jurídico: la primera de las razones de justificación de la sentencia es la necesidad de observar al legislador como una figura de autoridad absoluta dentro del ordenamiento jurídico positivo, de tal suerte que el espíritu de las leyes está contenido en las prescripciones del legislador, y siendo así, aquello que sea descrito como legislado se auto-promueve a sí mismo y por (y desde) el ordenamiento jurídico en sí mismo, que, por estos derroteros, se configura como vigente y válido a nivel institucional del Estado. De ser esto cierto, tal legislador convendría en atenerse a los requerimientos descritos por el positivismo jurídico sobre la definición de la Boca de la Ley, extraída desde la figura del Juez de Montesquieu y traslada hacia la figura del legislador propio de la teoría pura del derecho: dentro del sistema jurídico, la dinamicidad, eficacia y pertinencia del procedimiento de legislación proviene de la capacidad de vinculación de las normas que regulan prescriptivamente el proceso mismo de legislación, de suerte que,

cada norma que regula el procedimiento lo convierte, si este se apega a ellas, en cuantitativa y cualitativamente válido al tiempo que le insufla estas mismas características a las normas que, a su vez, emanan de dicho procedimiento; surge así una norma vigente, condición necesaria y suficiente para su practicabilidad dentro de las funciones que está llamada a cumplir en la legislación y, en tal sentido, al ser así los perfiles y consecuencias de la norma con vigencia ello supone la subordinación de esta al apego expreso a aquellas normas de legislación .

De tal manera que, la figura del juez boca de la ley se transfiere íntegramente a la figura del legislador bajo la ley, que hace la ley y que ordena su posterior ejecución y adjudicación al ordenamiento jurídico base de las instituciones del poder público. Pero este no es el iter procedimental y justificatorio que sigue la sentencia antes descrita, lo cual, hay que decirlo, debió hacer si se propusiera ser coherente con las herramientas que utiliza para justificar el fallo: si bien la reserva de ley es un principio constitucional expresado en nuestra carta magna, tiene sus límites de aplicación en tanto que debe atenerse a las fronteras impuestas por el ordenamiento del ordenamiento (o, lo que es lo mismo, impuestas por el ordenamiento al ordenamiento mismo), es decir, el ordenamiento que reglamenta el proceso de legislación y, a su vez, determina en buena medida el contenido material de esa legislación, al menos, en lo que respecta a lo que no se puede hacer con amparo a la reserva de ley, por resultar contrario a la Constitución y al propósito mismo de la reserva de ley. De suerte que, el principio de reserva de ley se encuentra sometido a los preceptos constitucionales en su justa integralidad, de donde deviene que: la reserva de ley, objeto de validación del artículo 2 de la Ley de Designación y Destitución de los Contralores y Contraloras del Estado, aunque haya argumentado que la legislación contenga en lo normado el mecanismo de concurso público, ha excedido en mucho, el contenido de las normas del ordenamiento –ordenamiento que regula los procesos de legislación para determinar el ordenamiento positivo mismo–, en tanto que, la forma de designación de los contralores estatales, aunque se encuentre bajo la égida del mismo mecanismo de captación de recursos humanos para

la administración del órgano de control y fiscalización público (contraloría), y aunque posea identidad con la legislación anterior, ha variado en su contenido, debido a los cambios de fondo (en términos de designación de los jurados de evaluación y de las competencias de la hechura de las reglas de evaluación para el concurso público) que se han registrado en la nueva legislación.

En los términos antes mencionados conviene (el magistrado y la Sala Constitucional) en atribuir una nueva figura a la construcción de fuentes de las razones de justificación y a la incapacidad de las instituciones democráticas no ilustradas de colocar a una única fuente en posición de univocidad irrestricta. El ponente de la sentencia confirma la incapacidad de la Contraloría General de la República para vigilar, reglamentar, controlar, participar en y asistir los procesos previos, de ejecución y de función de los concursos públicos para la designación de los contralores estatales. Sin embargo, esta es una razón totalmente contraria a la esgrimida (en el mismo fallo) por la misma Sala constitucional en menos de dos párrafos anteriores a su argumentación, es decir, es una razón que no ha llevado la lógica ni la coherencia necesaria para mantener la misma autoridad de la fuente de razones de justificación de manera tal que, sea la coherencia de los argumentos jurídicos de validez y justificación parte integral de la justificación de las sentencias.

Por su parte, el dato fáctico de tal afirmación inductiva se registra en la siguiente argumentación: "la labor del legislador debe tener como norte no sólo los principios generales expresamente consagrados, sino además, los supremos fines por ella perseguidos [Constitución], por lo que está obligado a realizar una interpretación integral y coordinada de las normas que conforman el cuerpo constitucional". Esta argumentación genera dos contradicciones in se en cuanto a las fuentes de las razones de justificación: por un lado, contradice la estructura de la importación de la figura del juez boca de la ley a la figura del legislador hecho y hacedor de ley (que es utilizada implícitamente en el iter argumental del fallo). En efecto, al contener (ese legislador así configurado por lo aquí dicho por el magistrado ponente) una capacidad

inherente y un deber también constitucional de sujetarse a los fines supremos por la constitución esgrimidos -de tal suerte que, en virtud de este mandato, tales fines han de incardinar los esfuerzos institucionales a construir novedosos mecanismos de resolución de conflictos y de garantía de los derechos fundamentales puesto que aún no se han perfeccionado en ningún nivel institucional del Estado-, los legisladores se convierten, gracias a la autoridad absoluta que le ha sido investida como potestad del espacio temporal de la legislación, en figuras de autoridad suprema, incluso superior a la autoridad de (todos y de cada uno de) los órganos institucionales que constituyen el contrato social que instituye el poder constituyente y la posterior constitución y su ordenamiento jurídico.

14

Ese legislador, así desdibujado por el fallo in comento, no sólo contradice la importación antes referida, toda vez que no sería ya un legislador positivista y completamente atado a las premisas extensivas e intensivas de la legislación misma, sino que, además, incurre, en la determinación del alcance de las consecuencias de sus consecuencias configurativas, en limitación indebida del alcance (en otras instituciones y órganos del poder público) de tal aspiración en la figura del legislador, sobre todo si nos atenemos a las razones que apoyan tal desdibujamiento del legislador y de las funciones que, visto desde allí, le corresponden. En efecto, si por mandato constitucional el legislador debe ser y hacer lo que el magistrado indica en el párrafo anteriormente citado en cursivas, consecuencia de ello es que existe un mandato constitucional que, por las mismas razones que es aplicado, predicable y exigible del legislador, también se impone, y es de aplicación en virtud de los mismos objetivos pretendidos al imponerlo al legislador, a todos los demás órganos del Estado que constituyen el poder público que, por tanto, dependen también de una subordinación al principio de reserva de ley que, en este contexto y para estos fines, es coextensivo y cointensivo a los demás órganos poder público, de lo que se desprende, como consecuencia y según apuntaremos más adelante para la cuestión controvertida en el fallo, que así como el legislador debe tener como norte de su actividad no sólo los principios generales de la