

# Derecho y Sociedad

REVISTA DE ESTUDIANTES DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA

**SOBRE LA SOCIEDAD CIVIL Y LA OPOSICIÓN POLÍTICA**

José Rodríguez Iturbe

**CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN  
DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN LA LEY ORGÁNICA  
DE TELECOMUNICACIONES**

Luis Fraga Pittaluga

**EL JUICIO ORAL EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL  
DE 1987**

Arístides Rengel-Romberg

**REFLEXIONES SOBRE LA NUEVA ORDENACIÓN DEL SECTOR  
ELÉCTRICO VENEZOLANO**

José Ignacio Hernández G.

**LA PROTECCIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS  
FRENTE A LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.  
APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL**

Daniela Urosa Maggi

**EL PROBLEMA INSTITUCIONAL**

Carlos García Soto

**NOCIONES HISTÓRICAS Y TEORÍAS DE LA PERSONALIDAD  
JURÍDICA DE LOS ENTES MORALES**

Juan Miguel Matheus Fernández

**LA JUSTICIA**

Edward Colman



## **SOBRE LA SOCIEDAD CIVIL Y LA OPOSICIÓN POLÍTICA**

**Por: José Rodríguez Iturbe**

### **Hegel y la *sociedad civil***

Fue Jorge Guillermo Federico Hegel, para variar, quien desde las páginas de sus *Principios de la Filosofía del Derecho* (1821) planteó el concepto de *sociedad civil*. En los *Principios de la Filosofía del Derecho* Hegel trata del Espíritu objetivo. Con su obra Hegel contribuyó a legitimar la Restauración. Así, su obra fue vista como una justificación ideológica del Estado prusiano, y, concretamente, del absolutismo de Federico Guillermo III. En descargo de tales críticas se ha recordado que buena parte de sus tesis estaban ya germinales desde Jena, cuando termina la *Fenomenología del Espíritu* (1806), años antes de publicar su iusfilosofía

La teoría del Espíritu objetivo culmina en su desarrollo en una Teoría del Estado. Desde su óptica, el Estado es la realidad suprema del Espíritu objetivo. Dialécticamente, a su vez, el Estado es negado y superado por el Espíritu objetivo. El Espíritu objetivo resulta de la superación de la disgregación del Espíritu subjetivo. Si el Espíritu subjetivo se realiza en los individuos, el Espíritu objetivo se realiza en los grupos. Los pueblos son los portadores del Espíritu objetivo que se plasma en las diferentes culturas. Si toda cultura reside en un grupo humano que es su portador, cada una de las culturas realiza sólo parcialmente el Espíritu objetivo. Si el Espíritu subjetivo está fragmentado en los individuos, el objetivo lo está en las culturas. Cuando Hegel habla del *Volkgeist*, del espíritu del pueblo, se refiere a la concreción particularizada del Espíritu objetivo en un determinado grupo humano. En su visión, los individuos integrantes del grupo superan su individualidad por el Espíritu objetivo que, a través del *Volkgeist*, los impulsa a relacionarse y estructurarse pluralmente en el marco social. Por eso, para Hegel, el *Volkgeist* es el primer principio de unificación de los individuos.

Hegel plantea tres niveles de eticidad, equivalentes a modos distintos de relación humana: el derecho, la moralidad y la eticidad. El derecho es una relación externa y formal, que resulta indispensable para

la constitución del orden social. El nivel jurídico, que se encuentra en el ámbito de la norma jurídica, no tiene, a su entender, nada que ver con la moralidad interior del sujeto. Como al derecho falta la interioridad, la relación humana derivada de él resulta insuficiente. Para subsanar esa deficiencia está la moralidad. Concibe la moralidad en términos kantianos, como la pura interioridad de un deber percibido y aceptado como deber. Kantianamente, coloca el fundamento de la moralidad en la autonomía de la voluntad. A Hegel, sin embargo, el simple soporte de la voluntad individual le luce insuficiente. Por ello señala un tercer nivel, la eticidad propiamente dicha, en la cual el protagonista ya no es el individuo sino el grupo.

La eticidad viene a ser, así, el principio vital imprescindible de los tipos fundamentales de agrupamiento, que son la familia, la sociedad civil y el Estado. Si no se dedica a una teorización mayor sobre la familia (dice, sin embargo, que se centra en el amor) sí lo hace sobre la sociedad civil y sobre el Estado.

Los tres niveles de eticidad de Hegel (derecho, moralidad y eticidad), como se señalará más adelante, planteados como él lo hace, carecen de sentido para quien vea la religión, la moral y el derecho, la ética personal y la ética social desde una perspectiva que no sólo no es absolutamente antropocéntrica, sino que rechaza, como falso fundamento el antropocentrismo absoluto, en cuanto concibe la persona humana abierta a la trascendencia. Para una perspectiva cristiana, circunscribir la eticidad al grupo; limitar a la estricta interioridad la moral personal; y caracterizar al derecho como un mandato formal externo, es una sistematización que refleja influencia kantiana y que impide, en última instancia, conocer y profundizar la ética misma.

Pero sigamos con Hegel y sus planteamientos en *Principios de la Filosofía del Derecho*. La sociedad civil resulta, en su visión, el marco de la relación entre individuos en base a las necesidades individuales. La sociedad civil para Hegel es el marco propio del individualismo, en el cual se realiza el entramado de relaciones entre los distintos intereses particulares. Para evitar que el entrecruzarse y choque de intereses particulares genere una lucha que patentice el *homo homini lupus* hobbesiano, la sociedad debe crear instituciones que impidan la violencia entre los ciudadanos y hagan posible compartir la vida social. Esas

instituciones, a las cuales dan vida los individuos y en las cuales se presta atención prioritaria al interés particular, expresan y conforman la sociedad civil.

Para Hegel la sociedad civil expresa estamentos, regulados por fuerzas. Menciona tres estamentos principales: los agricultores, la burguesía y la burocracia. La burocracia será tratada también por él al referirse al Estado. Cuando la menciona dentro de la sociedad civil le confiere la finalidad de armonizar, unificando el mundo del subjetivismo. Las fuerzas a las cuales hace referencia son, también, tres: los jueces (a quien atribuye la facultad de resolver las discusiones surgidas de los términos contractuales), la policía (a la cual se atribuye, para sorpresa del lector contemporáneo, que no logra imaginar tal dimensión *policial* del régimen prusiano, la promoción de las actividades económicas) y las corporaciones (como cuerpos profesionales para protección de los agremiados y la protección de la actividad económica por sectores específicos). Todas las anteriores son funciones de la sociedad civil que puede asumir el Estado sólo para garantizar que se realicen de manera mejor.

El Estado es para Hegel la más alta y perfecta realización del Espíritu objetivo. El Estado, en la concepción puramente hegeliana, no aniquila ni bloquea la sociedad civil. Por el contrario, necesita potenciarla puesto que es la sociedad civil la que suministra al Estado los medios para alcanzar sus fines. Aunque mantiene la distinción liberal de sociedad civil y Estado, se diferencia del liberalismo puro en que no subordina el Estado a la sociedad civil, sino al contrario. Si la sociedad es la instancia integradora de lo individual y lo particular; el Estado integra lo universal y genérico del mismo grupo humano. Por eso, para él (salto atrás al helenismo clásico pre-cristiano) el Estado es la instancia de la eticidad en cuanto tal, es la eticidad misma.

Para Hegel, si la sociedad está compuesta de individuos, el Estado está compuesto de ciudadanos. Los ciudadanos que componen el Estado no son individuos *puros*, en cuanto en su propia existencia social han vivido la intermediación de diversas agrupaciones. Por tanto, el individuo ha de ser formado para adquirir la condición de ciudadano. El *Volkgeist* sólo alcanza plenitud cuando de un pueblo puede predicarse que es una nación. El Estado hace efectiva la voluntad de esa nación.

Nación viene de *natio-nis* (que, a su vez, viene de *nascor, nasci*) que significa comunidad de origen –de lugar, *ius soli*; o de sangre, *ius sanguinis*–, de procedencia. Por ello, Max Weber y otros seguidores de Hegel en esto, consideran que toda Nación tiene tendencia a constituirse en Estado independiente y soberano. El Estado viene a ser, así, la configuración jurídica y política de la nación.

El Estado Nación debe ser, según Hegel, realidad absoluta en su esfera. El carácter absoluto del Estado no es equivalente, según él, a Estado arbitrario respecto a la sociedad civil y a los individuos. Su característica básica es su racionalidad en la estructura organizativa interna y en la plasmación de su voluntad en leyes. La ley, como mandato general, es una elaboración racional. Es necesario aclarar que cuando Hegel plantea estas cosas no está hablando de una ley en singular sino de todo un sistema legal, en el cual no existen leyes aisladas sino vinculadas orgánicamente unas con otras. Así, en su concepción de la ley, esta viene a ser simultáneamente pauta de conducta, instrumento de gobierno, límite de la acción facultativa y voluntad estatal. Así, en el diseño personal de Hegel, como intención declarada del filósofo, el Estado no es totalitario en cuanto no aspira a subsumir en él o bajo él toda la realidad. (De alguna manera logra, por influencia de Locke, formalmente hablando, evitar el despeñadero por el cual se precipitan no pocos de sus discípulos) La sociedad civil y los derechos individuales anteriores a la sociedad civil son los límites claros a la voluntad del Estado. De alguna manera, el Estado expresa el *in fieri* de la razón desarrollándose en la historia.

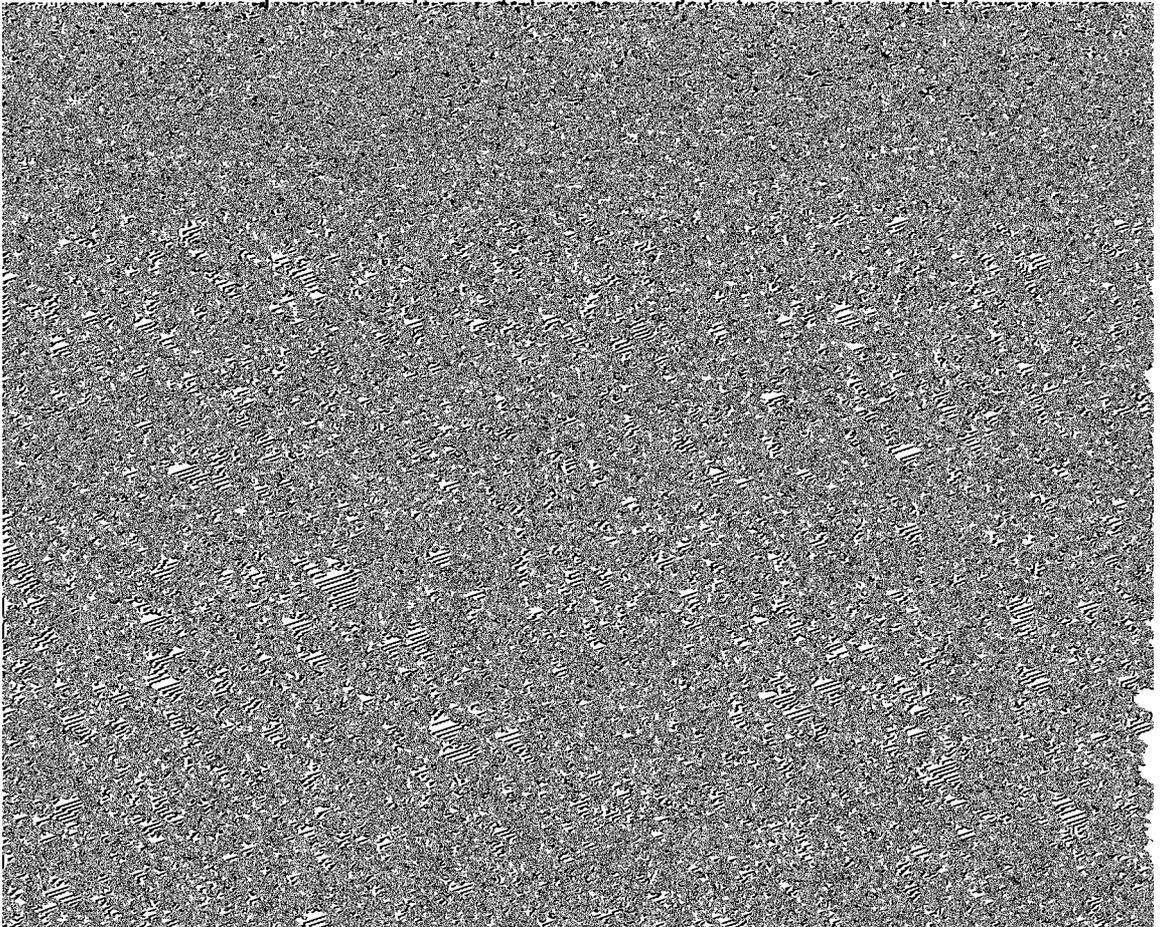
### **La sociedad civil en la herencia hegeliana**

Como muchas de las cosas de Hegel, sus ideas han tenido descendencia plural, según sean vistas desde una perspectiva ideológica de izquierda o de derecha. El hegelianismo planteaba, desde la óptica immanentista que le es propia, una distinción entre vida civil, vida política y vida religiosa. Esa escisión entre tales vidas generaban como sociedades distintas. No era, a su entender, una ficción intelectual, sino que se debía ello al proceso secularizador de la modernidad, a la revolución industrial y a la caída del *ancien régime*. Esa separación de sociedad civil, sociedad política y sociedad religiosa obedecía, desde su punto de mira, a mutaciones históricas para él objetivas: la misma reflejaba, repito, la razón desenvolviéndose en la historia.

JOSÉ RODRÍGUEZ ITURBE

Confinada la vida religiosa a la intimidad individual por la modernidad secularizadora, sin que se le concediera, en realidad, relevancia social alguna, la contraposición hegeliana venía a plantearse en un binario que tendría largo suceso en la retórica y en la ciencia política, por no hablar de la politología, que más que nutrirse de la filosofía lo hace golosamente de la sociología, por el impacto degradador del positivismo. Me refiero al binario *sociedad civil* – *sociedad política*.

El ocultamiento de la persona llevó y lleva en la modernidad a la contraposición beligerante de dos posturas. El individualismo liberal y el colectivismo socialista son, en efecto, posiciones confrontadas, únicamente coincidentes en la negación de toda antropología filosófica de base metafísica, que permita la superación del inmanentismo y la afirmación del destino trascendente de la persona y su *religatio* con un Dios personal, creador, redentor y remunerador; aunque, a menudo, también exista en la mayoría de sus *ismos* el denominador común de un materialismo,



Como no habla de persona, sino de individuo, la *tradición liberal* no hablará de bien común sino de interés general. Para esa tradición, hablar del Estado como gestor o garante del bien común es simplemente una tontería. A su entender, la búsqueda, atención y defensa del interés general puede y debe hacerse prescindiendo casi totalmente del Estado. La función del Estado, para los liberales ortodoxos, debiera consistir principalmente en la promoción de organizaciones no estatales, encargadas por su propia finalidad de distintos aspectos del interés general. Así, el Estado debiera favorecer el surgimiento y desarrollo de tales organizaciones, ayudando a su existencia singularmente con medidas legales de excepción fiscal y -excepcionalmente- con subsidios.

Esta *tradición liberal* se remonta a la génesis misma de la modernidad. La aparición del antagonismo a sus posiciones por parte del socialismo representa, al darse dentro del mismo horizonte imanentista, una variante de la misma cultura de la modernidad pero con diferente signo ideológico.

### La tradición socialista

La *tradición socialista* representa la reacción pendular contra el individualismo liberal. Los socialismos *-utópicos* o *científicos*, según la hegemonía marxista que terminó por imponerse en esta tradición- tuvieron durante los dos últimos siglos del milenio anterior una influencia histórica que es necesario reconocer, no sólo por imperativo de objetividad del análisis, sino para comprender (en lo posible) la dinámica, a veces contradictoria, del mundo eurocéntrico (que se dice está en crisis desde la I Guerra Mundial, a comienzos del siglo XX) y del llamado Tercer Mundo, producto de su colonización, cuando rompió sus nexos histórico-políticos de dependencia con las respectivas Metrópolis.

Pues bien, para la *tradición socialista*, la sociedad civil afirmada por la tradición liberal debe ser en buena parte satanizada. Para la tradición socialista, la sociedad civil, justamente como esfera de ausencia del Estado, es el ámbito de lo no vinculable al interés general sino exclusivamente al interés individual o de grupo. Es, por tanto, esfera del egoísmo, campo donde se pone de relieve socialmente la lucha de clases, escenario del darwinismo social, que permite a los económicamente más poderosos imponerse *sine die* a los más débiles y postergados o marginados.

Justamente por la visión que la tradición liberal tiene de la sociedad civil, ella será para la tradición socialista, el terreno donde los opresores librarán sus más ásperos combates para debilitar al interés general en beneficio del interés particular, debilitando necesariamente al Estado y facilitando la explotación del hombre por el hombre, y el sometimiento legal y cultural de los pueblos y naciones más débiles a los más poderosos (política, económica y militarmente). Por este último razonamiento, es que han llegado a coincidir con frecuencia los postulados muy frecuentemente chauvinistas de una cierta derecha nacionalista con las tesis de la tradición socialista.

Si puede *lato sensu* colocarse dentro de la tradición socialista la hoy llamada *Tercera Vía* (la elaboración teórica fue del sociólogo laborista de la *London School of Economics*, Anthony Giddens, para el remozamiento programático del Partido Laborista británico, primero, y de la Internacional Socialista, luego), se diría que esa óptica modera su antagonismo con la sociedad civil, buscando un acercamiento a la postura liberal. Se trata, por tanto, una cierta *via media*, que, en realidad es tal en el aspecto programático económico. En todo lo relativo a valores, coincide con la visión liberal en los aspectos más de bulto del enfoque secularizador e inmanentista de una modernidad que luce, con la llamada posmodernidad, irremisiblemente en crisis. En aspectos sociales y políticos esta variable de la tradición socialista intenta todavía afirmar el carácter ciudadano en función del Estado y el carácter de la ciudadanía supraestatal en función de los criterios de globalización. El relativismo axiológico de la llamada Tercera Vía es lo que permite un cierto denominador común, aún careciendo de plataforma política compartida, de la llamada familia socialista. El Estado sería, así, garante de un individualismo contrario a la persona, evidenciado en las manifestaciones de la llamada cultura de la muerte (aborto, eutanasia, droga, pornografía, etc.).

### **El intento de monopolio cultural del binario inmanentista**

Ni la tradición liberal ni la tradición socialista están dispuestas a conceder validez o entidad a ninguna otra tradición que presente supuestos teóricos distintos a los de la modernidad. Por eso mutuamente procurarán afirmarse en la crítica a la otra, y nada más. Mutuamente se tomará como referencia para las armas de la crítica, dentro del horizonte de la modernidad secularizada y secularizante. Todo dentro de la modernidad;

nada fuera de la modernidad; nada contra la modernidad. Las *conversiones* intelectuales admitidas y toleradas dentro de la cultura dominante son, así, las que van de un lado a otro del espectro del inmanentismo, del secularismo, del materialismo, del antropocentrismo absoluto y radical. En los dogmas de la cultura dominante no hay espacio para otro tipo de tradiciones culturales. Por eso, tanto liberales como socialistas, afirmarán a su contrario afirmándose a sí mismos, pero desconociendo no sólo la legitimidad sino la existencia misma de una tradición mucho más antigua (en cuanto entronca con la antropología filosófica del clasicismo helénico y de la filosofía patrística y medieval) que plantea, en lo que atañe al humanismo cristiano, la reafirmación de la persona y su desarrollo perfectivo en un contexto comunitario, mediante la búsqueda del bien común social.

Y sin embargo, existe. El hilemorfismo aristotélico tomista, el personalismo comunitario de buena parte del neotomismo europeo (sobre todo francés) de entre guerras y de la II post Guerra (piénsese en Jacques Maritain y Étienne Gilson), la praxeología de pensadores de tanta capacidad de innovación y diálogo crítico con la modernidad como la fenomenóloga Edith Stein (judía alemana, mártir católica) y la *praxeología* (también de raigambre fenomenológica) de Karol Wojtyła (Juan Pablo II) ponen, en el campo estrictamente teórico, la evidencia de una continuada y poderosa *tradición humanista cristiana*.

### **El pensamiento tomista y el Magisterio reciente**

Toda una tradición que arranca con Aristóteles plantea la educación de los ciudadanos en la virtud moral como la función *par excellence* de la ley civil. Aunque la visión aristotélica llegue a reflejarse en el pensamiento de S. Tomás, en él no hay una simple repetición de los postulados aristotélicos. S. Tomás no puede ser un simple repetidor de Aristóteles, pues para un cristiano resulta imposible reducir la existencia personal a la identificación con la *polis*. En S. Tomás influye todo el pensamiento de la Patrística, singularmente el de S. Agustín. S. Tomás distingue entre *peccatum* y crimen. En el enfoque cristiano, en general, y en el de S. Tomás, en particular, no cabe el planteamiento trágico estilo *Antígona*, con su fatal contraposición entre lo justo natural y lo justo legal. La ley divina busca conducir al *homo viator* hacia la felicidad de la patria definitiva. La ley humana busca, por el orden justo, la armonía social. La ley humana nunca debe aprobar lo que la ley divina prohíbe,

pero no necesariamente debe regular todo lo que ella ordena. Para S. Tomás la ley civil no pretende suprimir todos los vicios, sino sólo los más graves (y por eso prohíbe el homicidio, el robo y otros semejantes). (Cfr. *Summa Theologica*, I-IIae, qq. 69, 77, 96 y 98).

La diferencia —y no secundaria— entre S. Tomás y S. Agustín es que para el segundo la realidad social y la autoridad estatal son consecuencia del pecado original, mientras que para el primero son naturales. Ambos, sin embargo, coinciden en que no es deber de la ley humana hacer bueno al hombre. Al César lo que es del César, a Dios lo que es de Dios. Un romano pagano pensaba que el César era Dios. Un musulmán fundamentalista piensa que Dios es el César. Tales confusiones no tendrán cabida en un cristiano rectamente formado, quien distinguirá en lo que corresponde al César y lo que corresponde a Dios. Y lo hará apoyándose en la palabra del mismo Hijo de Dios.

Es necesario recordar dos principios que, desde la óptica de la filosofía social de inspiración cristiana, requieren su afirmación simultánea y armónica: los principios de solidaridad y subsidiariedad.

Por la solidaridad reconocemos, respecto a nuestros semejantes, la *dilectio* y la *amicitia* que están en la base de las obligaciones de justicia y equidad. La solidaridad nos lleva, así, al reconocimiento de las obligaciones derivadas de la *justicia conmutativa* (justicia entre iguales); al acatamiento, por la *justicia legal* (justicia entre el hombre y el Estado), de las leyes del Estado que no sean intrínsecamente injustas; al servicio al bien común, con la condición de empleados públicos, por la *justicia distributiva* (justicia entre el Estado y la sociedad y sus integrantes — sociedades y personas—); y a la promoción del bien común por nuestro quehacer de ciudadanos, según la *justicia social* (justicia entre el hombre y la sociedad).

El principio de subsidiariedad destaca que aquello que pueda hacer un cuerpo social menor no debe hacerlo el mayor. La burocratización exagerada, que supone excesiva organización y reglamentación pueden oponerse a este principio.

Los que simplemente distinguen antagónicamente entre la persona y la sociedad, ponen, por prejuicio ideológico, la carga en uno de ellos en detrimento del otro. El humanismo cristiano por el contrario afirma

los dos principios como necesidad de la propia realidad de la persona y de su naturaleza social. Quien sólo postulara la solidaridad en detrimento de la subsidiariedad, resaltaría la dimensión social del existir del hombre en detrimento de la persona, haciendo coincidir forzosamente la solidaridad con una visión socialista del hombre. Quien sólo pusiera el énfasis en la subsidiariedad en detrimento de la solidaridad, estaría recortando artificialmente la noción de persona para hacerla coincidir forzosamente con una visión liberal del ser humano.

No está de más precisar algo. Los liberales, con criterios reduccionistas a su propia perspectiva, estarán dispuestos a hablar de subsidiariedad, pero no de solidaridad. Los socialistas, igualmente, trayendo el agua al molino de su cosmovisión, pondrán el énfasis en la solidaridad pero procurarán omitir todo lo relativo a la subsidiariedad. Unos y otros deforman tanto la subsidiariedad como la solidaridad específica del humanismo cristiano, porque enfocan tales principios desde un fundante inmanentismo que priva a los mismos de su elemento dignificador de la persona y de la sociedad, justamente por ser principios filosófico-sociales formulados desde una perspectiva antropológica y de ética social nutrida de una metafísica abierta a la trascendencia.

En ambos casos resultan seriamente dañados tanto el bien personal como el bien común social. Como ha destacado J. M. De Torre, en *The Roots of Society* (cap. 1), el socialismo y el liberalismo resultan, así, de una pérdida del equilibrio. El principio de solidaridad subraya el bien común, los deberes sociales, la cooperación entre los conciudadanos y la igualdad de personas entre ellos. El principio de subsidiariedad pone de relieve la persona singular y los derechos personales, el ámbito de la privacidad y el don natural fundamental de la libertad. Él resalta el ejercicio del derecho de asociación, el esfuerzo de lograr en asociaciones y sociedades fines humanos y de ordenar fines e intereses parciales al bien común general. El liberalismo exagera la subsidiariedad y el socialismo exagera la solidaridad. Para evitar el desequilibrio de esos dos extremos conviene definir la persona destacando su relación al bien común; y definir el bien común destacando su relación a la persona.

Desde la *Rerum novarum* (León XIII, 15 de mayo 1891) todo el magisterio eclesiástico ha criticado tanto el sistema socialista como el sistema liberal. La Enc. *Centesimus annus* destaca la validez del principio

*de solidaridad* como “uno de los principios básicos de la concepción cristiana de la organización social y política” (n. 10). El Papa Juan Pablo II destaca que ese principio fue enunciado varias veces por León XIII con el nombre de *amistad* y por Pío XI como *caridad social*; y que Pablo VI, a su vez, ampliando el concepto, hablaba de la *civilización del amor*.

En la *Centesimus annus* se destaca que el error fundamental tanto del socialismo como del liberalismo es de carácter antropológico en cuanto reducen al hombre a un conjunto de relaciones socio-económicas, haciendo depender la dignidad de la persona humana de la tecno-estructura; y desapareciendo, así, “el concepto de persona como sujeto autónomo de decisión moral” (n. 13).

Al distorsionarse la concepción de la persona se distorsiona la visión del derecho como ordenamiento normativo que encauza y regula el ámbito de ejercicio de la libertad.

La causa principal de la equivocada concepción de la persona es la negación del Ser Supremo, la negación de Dios. La visión de la *religatio* con Dios como alienación conduce a una torcida antropología filosófica, que lleva a su vez a una supuesta *sustantividad* de la sociedad. “La negación de Dios priva de su fundamento a la persona y, consiguientemente, la induce a organizar el orden social prescindiendo de la dignidad y responsabilidad de la persona” (Juan Pablo II, Enc. *Centesimus annus*, 1º mayo 1991, n. 13).

Resulta, por otra parte, una evidencia de la historia el conflicto de intereses entre distintos grupos en un entorno social dado. Una visión inspirada en el humanismo cristiano debe pronunciarse frente a tales conflictos con coherencia. Debe rechazarse el odio de clases y la lucha de clases como motor de una dinámica histórico-política.

Tal rechazo no supone la condena de todas las formas de conflictividad social. La reciente doctrina pontificia reconoce el *papel positivo del conflicto cuando se configura como lucha por la justicia social* ( Enc. *Laborem exercens*, 14 septiembre 1981, nn. 11-15; Enc. *Centesimus annus*, n. 14). En la *Centesimus annus* (n. 17) se cita expresamente al Papa Pío XI quien en la Encíclica *Quadragesimo anno* (15 mayo 1931, III) dijo: “En efecto, cuando la lucha de clases se abstiene

de los actos de violencia y del odio recíproco, se transforma poco a poco en una discusión honesta, fundada en la búsqueda de la justicia”.

Merece destacarse que en la *Centesimus annus* (n. 17) se hace referencia a la Encíclica *Libertas praestantissimum* (20 junio 1888) de León XIII, para subrayar que los errores económico-sociales encuentran en su base un error sobre la concepción de la libertad humana: cuando la libertad humana es apartada de la obediencia a la verdad (y, por tanto, del deber de respetar los derechos de los demás) el contenido de la libertad se trastoca. Así, “se transforma entonces en amor propio, con desprecio de Dios y del prójimo; amor que conduce al afianzamiento ilimitado del propio interés y que no se deja limitar por ninguna obligación de justicia”. Juan Pablo II ha llamado a que para el anhelo de paz de una humanidad doliente, entren en crisis las lógicas trágicas de la *guerra total* y de la *lucha de clases*.

La *sociedad de consumo*, máximo logro de la cultura liberal individualista, muestra ciertamente, *en el campo del puro materialismo*, la victoria del libre mercado sobre el dirigismo colectivista. Pero, si bien muestra el fracaso del materialismo colectivista, por otra parte, “al negar su existencia autónoma y su valor a la moral y al derecho, así como a la cultura y a la religión, coincide con el marxismo en reducir totalmente al hombre a la esfera de lo económico y a la satisfacción de las necesidades materiales” (Enc. *Centesimus annus*, n. 18).

Quien niega la esencial capacidad de trascendencia de la persona humana, niega la capacidad del hombre de libre donación de sí mismo, para realizarse dándose a otra u otras personas; y a Dios “que es el autor de su ser y el único que puede acoger plenamente su donación”. (Concilio Vaticano II, Const. Pastoral *Gaudium et spes*, nn. 24 y 41; Enc. *Centesimus annus*, n. 41).

Juan Pablo II planteaba, a comienzos de la década de los 90 del siglo pasado, el riesgo de que el fracaso del sistema comunista llevara a una generalizada aceptación acrítica del materialismo liberal. Indicaba que “existe el riesgo de que se difunda una ideología radical de tipo capitalista que rechaza incluso el tomarlos en consideración [se refería a los problemas que plantean las “muchedumbres” que “viven aún en condiciones de gran miseria material y moral”], porque *a priori* considera

condenado al fracaso todo intento de afrontarlos y, de forma fideísta, confía su solución al libre desarrollo de las fuerzas de mercado” (Enc. *Centesimus annus*, n. 42). Indicaba, también, que la persona resulta hoy, a menudo, sofocada por la tensión provocada por dos polos adornados de fuerza ideológica: el Estado y el mercado (Ibidem, n. 49).

Si el centro y fin de la historia está en Dios (Const. Past. *Gaudium et spes*, 10, 2; Juan Pablo II, Enc. *Redemptor hominis*, 1), mal puede el humanismo cristiano aceptar la idolatría del mercado propuesta por la ideología liberal imperante en el ámbito cultural-político. El economicismo fundante lleva a poner la clave, el centro y el fin de toda historia humana en la supuesta capacidad demiúrgica del mercado.

Tal sustitución no parece lícita. El mercado puede tener elementos innegablemente positivos como técnica de estructuración social. Pero de admitir eso a darle una dimensión totalizante y omnicomprensiva en lo que al ser humano y su existir social atañe, va una diferencia abismal. El reduccionismo liberal o el mercado como panacea es plenamente autorreferente. Al carecer de validez experimental a nivel global no se plantea críticamente la posibilidad de correctivos: simplemente deja a la manifestación salvífica de la dinámica del mercado la corrección de todos los entuertos personales y sociales. El supuesto eticismo del mercado (la conducta ajustada a las pautas del mercado sería la conducta ética, según tal enfoque), con su supuesta capacidad redentora de vicios pre o extra mercado, plantea —en sentido contrario, por supuesto, pero en el mismo horizonte de absoluto inmanentismo— la misma inversión reduccionista de tipo materialista que, a su manera, había planteado el marxismo.

La “redención”, como superación absoluta de todas las alienaciones, la colocaba el marxismo en la transformación revolucionaria. El nuevo rostro del hombre prometeico que con la ideología liberal de mercado se presenta no es otra cosa, ni más ni menos, que un reduccionismo dialéctico. Resulta la antítesis perfecta de la tesis marxista, pero dentro de un orden cultural cerrado a toda trascendencia. Para un liberal coherente será una necedad plantearse los desafíos del existir cristiano. Sólo caben, desde su óptica, dos alternativas: o la opción socialista, derrotada históricamente tanto en el plano socio-económico como en el plano político-militar; o la opción liberal, con su arrogante gesto de victoria, como si las revoluciones pacíficas que desde 1989

sellaron el fin del socialismo real obedecieran a un reconocimiento *erga omnes* de la verdad apodíctica de sus tesis.

Por lo anteriormente dicho, resulta cuasi paradójico que un cristiano coherente pueda (y en no pocos casos deba) tomar a beneficio de inventario la técnica de estructuración social derivada de la economía de mercado; estableciendo en ella cuantos correctivos parezcan convenientes o necesarios a la prudencia política; pero, en cambio, un liberal coherente no podrá jamás asumir enriquecedoramente la verdad cristiana sin dejar de ser liberal. Porque así como el cristianismo no es una ideología, el liberalismo sí lo es. Y mientras el cristianismo facilita los baremos morales mediante los cuales el ser humano puede, libre y responsablemente, integrar los elementos acertados que puedan darse en los distintos enfoques existentes en el orden cultural político (y ello no constituye un sincretismo, porque la asimilación e integración está en función de su compatibilidad con la savia perenne de la verdad cristiana); el liberalismo se mueve constantemente por los rasles del economicismo procurando, ante todo y sobre todo, un sincretismo ideológico, porque parte de la afirmación (discutible y no aceptable) de que el ser humano resulta primaria y fundamentalmente un *homo oeconomicus*.

Por eso un cristiano puede, sin duda, aceptar y aplicar un *capitalismo humano*, con todas las rectificaciones morales que el *capitalismo real* históricamente exige. En cambio, un liberal, si de veras lo es, se hundirá cada vez más, con una radicalización penosa, en los tremedales del *capitalismo salvaje*.

Ya Pío XI, en la Enc. *Divini Redemptoris promissio* (19 de marzo 1937) advertía que, por primera vez en la historia, contemplábamos “una lucha, fríamente calculada y prolijamente preparada, del hombre contra *todo lo que es divino*” (n. 10; en cursiva en el original).

La *Divini Redemptoris* está dirigida al comunismo ateo, pero sus planteamientos sirven igualmente para la crítica de toda concepción de la sociedad humana de fundamentos materialistas. “Negado a la vida humana todo carácter sagrado y espiritual —dice en esa Encíclica Pío XI—, esta doctrina [el comunismo] naturalmente convierte el matrimonio y la familia en instituciones puramente artificiales y civiles, esto es, fruto de un determinado sistema económico, y niega la existencia de un

vínculo matrimonial de naturaleza jurídico-moral que se sustraiga al beneplácito de los individuos o de la colectividad, y consiguientemente su indisolubilidad” (n. 6). Viendo la realidad actual del mundo en el cual el fundamentalismo laicista ha logrado imponer su dogmatismo ideológico liberal positivista, bien podrían considerarse tales palabras como aplicables a no pocas políticas y legislaciones nacionales o de organismos internacionales.

La causa del desenfoque está clara. Si la sociedad tiene como única función la producción de bienes; y el fin del existir social de la persona no es otro que el consumo de esos bienes, “tanto la moral como el orden jurídico no serían más que una emanación del sistema económico del momento, por tanto, de origen terrenal, mudable y caduco” (n. 7). “Se pretende introducir —agregaba la *Divini Redemptoris*— una nueva era y una nueva civilización que sea fruto solamente de una ciega evolución: *una humanidad sin Dios*”. (En cursiva en el original).

Y las consecuencias también eran claramente advertidas. Cuando se prescindie de la ley natural y se intenta arrancar del hombre la noción de Dios, las pasiones desatadas arrastrarán a las personas y a los pueblos a feroces barbaries.

### **La tradición humanista cristiana**

¿Por qué todo lo anterior? Intentaré decirlo clara y directamente: porque sin esa base de antropología filosófica que postula el Magisterio eclesiástico, que permite el redescubrimiento de la persona, con su naturaleza social y su destino trascendente, es imposible llegar a una auténtica concepción humanista de la democracia. A lo más que se llegará, dentro de esquemas deudores de un positivismo liberal, será a una concepción procedimental de la democracia, al estilo de Kelsen, en la cual los consensos sobre reglas y normas serán garantía de la pacífica convivencia social. Si bien es cierto que esos consensos son necesarios, no constituyen ni la base ni el fin de la convivencia comunitaria: son sólo medios; y en su carácter instrumental deben ser considerados y valorados.

La *tradición humanista cristiana* postula la visión integral del hombre en su relación con Dios; vale decir, tomando en cuenta su destino no sólo temporal sino también eterno. Para el humanismo cristiano el

problema de los fines es claves. No se trata sólo de la consideración de Dios como último fin de cada persona, hecha a imagen y semejanza del Creador, dotada por ello de inteligencia y voluntad, como facultades superiores del alma racional que no sólo permiten sino que exigen la consideración ética de la conducta propiamente humana. Se trata, también, de considerar el *telos* como causa de la pluralidad asociativa del existir compartiendo existencia que el ser humano tiene.

La *tradición humanista cristiana* no es una *via media* entre la tradición liberal y la tradición socialista. Es una vía que parte de supuestos culturales radicalmente diversos. Comienza, por de pronto, por la afirmación de la persona, por el rescate de la persona, sin pretender mutilar su existencia con el horizonte cerrado a toda trascendencia de la modernidad. La filosofía social de esta tradición o familia de pensamiento aún, como ya se indicó, los *principios de solidaridad y de subsidiariedad* como aquellos que permiten conciliar, ya no intereses, sino el bien particular y el bien común en el coexistir social.

Para la *tradición humanista cristiana* la temática de la sociedad civil no puede verse, so pena de deformarse la naturaleza y la realidad de las cosas, como reducida a la confrontación entre el individuo y el Estado. Debe verse, por el contrario, desde la perspectiva que aporta la primacía del bien común.

Maritain distingue entre Estado, Sociedad o Cuerpo Político y Nación. La vinculación hegeliana entre nación y Estado está cuestionada por Maritain quien recuerda la existencia de *Estados plurinacionales* (pone como ejemplos de los mismos a Bélgica y a la antigua URSS) y a *naciones dispersas en varios Estados* (judíos, árabes y latinoamericanos); además de recordar el caso de *Estados en proceso de integración política*.

Para Maritain (*El Hombre y el Estado*), el Estado es “esa parte del cuerpo político cuyo objeto especial es mantener la ley, promover la propiedad común y el orden público y administrar los asuntos públicos”. Como el hombre no es para el Estado, sino el estado para el hombre, “las funciones ejercidas por el estado están al servicio del cuerpo político”. Por eso, el estado “está investido de la autoridad superior, no por derecho propio y en su interés propio, sino sólo en virtud del bien común y en proporción a sus exigencias”. Cuando el Estado no intenta sólo hacer la

gestión pública en función del bien común social, sino que pretende, además, controlar todas las formas de vida del cuerpo político, no sólo aniquila la espontaneidad participativa y organizativa de los entes o sociedades intermedias, expresiones de la llamada *sociedad civil*, sino que incurre en lo que Maritain llama el *error totalitario*.

Las llamadas *sociedades intermedias* por la filosofía social de inspiración cristiana son el ámbito propio de la sociedad civil. Pero su quehacer y finalidad (aunque no puedan identificarse con él) no son, en modo alguno, ajenas al bien común. Por el contrario, a través de las sociedades intermedias, las personas y grupos, además de poner de manifiesto la legitimidad, validez y necesidad de las formas societarias sin inspiración ni dependencia estatal, contribuyen a la realización del bien común social. Las sociedades intermedias no tiene como fin una especie de cruzada liberal contra el Estado, sino la realización de su propio *telos*, alcanzar su finalidad precisa; y haciéndolo es como contribuyen al bien común social. No son ni *espacios vitales conquistados al intervencionismo estatal*, como pregona la dogmática liberal; ni son la *esfera del egoísmo*, reiteradamente voceada por la dogmática socialista.

Permítaseme concluir este punto, referido a la tradición humanista cristiana, con unas palabras de Jacques Maritain (*Principios de una Política Humanista*): “Existe una auténtica comunidad temporal de la humanidad –una profunda intersolidaridad, de generación en generación, que une a los pueblos de la tierra- una herencia y un destino comunes que no concierne a la edificación de una *sociedad civil* particular, sino a la de la *civilización*; no al príncipe, sino a la cultura, no a la *civitas perfecta* en el sentido aristotélico, sino a esa especie de *civitas* en el sentido agustiniano, que es imperfecta e incompleta, construida por una red fluida de comunicaciones humanas, más existencial que formalmente organizada, pero perfectamente real, viva y fundamental. Ignorar esta *civitas humani generis*, esta ciudad no política, es separar la base de la realidad política, atentar contra las raíces mismas e la filosofía política y desconocer el movimiento progresivo que tiende naturalmente hacia una estructura intencional e los pueblos, más orgánica y más unificada”.

### La vuelta a la consideración de la persona

Hay que volver a la consideración de la persona, porque si no las aberraciones contra la dignidad del ser humano serán incontenibles y terminarán por sembrar, como en el presente, de violencia y de caos el tiempo por venir. Es verdad que *ciudadanía* y *democracia* se exigen mutuamente. Pero también es verdad que sin la afirmación plenaria de la persona no puede haber comprensión cabal de su existir social y del rango de ciudadano que la persona asume para la propia dignificación y realce de los espacios públicos. La solidaridad y la subsidiariedad, como principios básicos e interdependientes, no serán jamás entendidos rectamente si no se percibe a la persona en función del bien común y el bien común en función de la persona.

No resulta superfluo, pues, hablar de la persona; recordando aspectos básicos, fundamentales, de antropología filosófica. El hombre es un ser *relacional*. Es fruto de la creación de Dios y de la generación de sus padres, que originan un ser *uno* (y no dual). Cada persona es un ser único e irrepetible. Es un sujeto abierto a la realización de su plenitud en sus *dimensiones existenciales* (trascendencia, historia, cultura y sociedad). El ser personal es siempre *un ser en, con y para otro*: Dios y los demás. La llamada *naturaleza social del hombre* se da en la realidad en las dimensiones existenciales. En la medida en que la persona toma conciencia de la trascendencia, de la historia, de la cultura y de la sociedad y procura vivir a plenitud esas dimensiones, puede afrontar mejor el reto de su personalización, de su *humanización*, del desarrollo de sus potencialidades y puede dar cabal respuesta al llamado a la perfección que el Creador ha puesto en él como criatura; pues a ese llamado debe responder desde su situación de naturaleza caída y redimida.

“El hombre —dice José Miguel Ibañez Langlois (*Introducción a la Antropología Filosófica*)— es una totalidad abierta, un movimiento de autotranscendencia, una frontera siempre móvil, un principio siempre inconcluso y en juego, un proyecto siempre abierto hacia esas totalidades indefinidas que son el ser, el bien, la verdad, la belleza (...) Así la naturaleza del ‘animal metafísico’ que es el hombre no está previamente acotada, definida y dispuesta para las experiencias ‘empíricas’ como lo están para las ciencias de sus respectivos objetos. El hombre no es una cosa experimentable, sino el horizonte de una pregunta metafísica: ¿quién es

este ente así determinado como apertura al ser, como apetencia del bien en toda su universalidad?”.

El lema de los grandes humanistas era la clásica expresión de Publio Terencio Afer (185 a.C.-159) *hombre soy, nada de lo humano me es ajeno* (*homo sum, humani nihil a me alienum*). Nada de lo humano debería, así, resultar ajeno a la persona. Sin embargo, se da la posibilidad que Ibañez Langlois llama de *auto-ocultamiento humano*, que nos muestra que en la respuesta a las preguntas sobre el hombre nos jugamos la recta comprensión y sentido de nuestra existencia, sin que podamos tratar el tema como algo neutro o simplemente académico. Cuando el hombre procura conocer todo menos conocerse a sí mismo sigue siendo un *misterio para sí* (S. Agustín) o una *distracción* (Pascal). Todo el empirismo, el positivismo, el cientificismo refleja “un auto-ocultamiento que, bajo pretexto de rigor científico, esconde una decisión previa, la de renunciar a lo específica y singularmente humano”.

Se ha llegado a tal nivel de confusión que resulta —ya lo decía Chesterton— nos sólo conveniente sino necesario resaltar lo obvio. Estamos ante el intento forzado de reactualizar las tesis liberales de Rousseau o los planteamientos filosóficos y políticos de Kant y del neokantismo más vinculado al positivismo jurídico, por la vía del formalismo, como el de la Escuela de Marburgo.

La cultura dominante intenta, por la vía de la saturación mediática de sus tesis, anegar el campo intelectual o incapacitar el surgimiento de cualquier planteamiento alternativo —su análisis, comprensión o adhesión a él—. Esa cultura expresa la angustia y la limitación del hombre contemporáneo. Y con la amarga decepción del posmodernismo, su incapacidad escéptica de trascender el pensamiento nutriente de la modernidad.

Por eso, más que una crítica de ese pensamiento como punto de partida para exponer los puntos claves de una filosofía social y política acorde con un humanismo cristiano, se intentará recordar, resumidamente, aspectos de una antropología filosófica que el pensamiento moderno y posmoderno, rehuye, como forma primitiva de autodefensa, pues aceptar sus tesis sería equivalente, de entrada, a negar la validez de su propio planteamiento.

### Ley eterna, ley natural, ley positiva

Sólo desde una filosofía del ser se puede intentar dar respuesta a las preguntas sobre la participación en el ser de la persona humana; de la relación del *ens ab alio* (que recibe el ser de otro) de la persona humana con el *ens a Se* (que posee el ser en sí y por sí mismo) de su Creador; y, además, partiendo de la consideración de las facultades superiores de su alma (como coprincipio espiritual de la persona, hilemorfismo aristotélico-tomista), entender que se armonizan en ella—hecha a imagen y semejanza de Dios— lo absoluto y lo relativo. En la finitud de su ser participado no todo es subjetivo, relativo y transitorio. Cada persona encuentra en el Hacedor de su ser su causa eficiente y su causa final. De Él viene; hacia Él va.

Ese Hacedor es Dios, el *Ipsum Esse Subsistens*. Plenitud del Ser. Causa incausada. Causa es lo que confiere el ser (*conferens esse*). La persona es ser subsistente, pero no por sí mismo. La sociedad carece de sustancia. No es un Yo mayúsculo, contentivo de una pluralidad de yo minúsculos. La realidad social es diferente, como un todo, a la sumatoria de las realidades de los individuos que la componen.

La persona humana no es un ser autárquico; no goza de autonomía absoluta, sino relativa. No es el hombre supremo legislador de sí mismo. Maritain lo expone con claridad en *La loi naturelle ou loi non écrite* (*La Ley Natural o Ley no escrita*). Si el supremo legislador es Dios, creador de todo, la naturaleza recoge *in genere* el querer divino respecto al orden creado. Es el llamado *elemento ontológico* de la ley natural. La ley inscrita en la naturaleza humana es la llamada ley natural, que el hombre puede conocer con la luz de su razón. En su capacidad de conocer está el llamado *elemento gnoseológico* de la ley natural. Además de los dos elementos mencionados de la ley natural debe señalarse un tercero: la razón divina. La razón divina es la ley eterna. La ley natural sería el umbral de la participación de la criatura humana en el conocimiento del querer de Dios. Es la *ley impresa en nuestros corazones* del capítulo 2 de la Epístola a los Romanos. Esa epístola de S. Pablo ha sido llamada la Carta Magna del iusnaturalismo cristiano.

Si la razón divina es la ley eterna, el concepto de ley resulta analógico. La única ley no es la ley escrita ni la ley humano positiva. Dios no es un legislador humano, aunque haya dado las leyes que rigen la naturaleza humana. La ley natural no es ley escrita, aunque analógicamente

el lenguaje paulino diga que está escrita en nuestro propio ser. La ley es obra de la razón, aunque su imperio sea fruto de la voluntad de gobierno.

Falso optimismo antropológico sería el que prescindiera de la consideración de la naturaleza caída y redimida de la criatura humana. El optimismo antropológico cristiano se fundamenta en saber que la creación, como obra de Dios, es buena. Étienne Gilson, en *El Espíritu de la Filosofía Medieval*, lo ha destacado con fuerza, recordando que en el Génesis se subraya esa bondad (...y vio Dios que era bueno) aumentada en el caso del hombre, hecho a su imagen y semejanza (...y vio Dios que era muy bueno).

Dios es plenitud de Ser. Y su obrar es perfecto. No así el hombre. Posee el ser por participación y las secuelas del pecado original y de los pecados personales hacen que, dejado a sus propias fuerzas, la torcedura de su andar resulte evidente. Por eso el *Catecismo de la Iglesia Católica* (el Catecismo del Vaticano II) dice que “ignorar que el hombre posee una naturaleza herida, inclinada al mal, da lugar a graves errores en el dominio de la educación, de la política, de la acción social y de las costumbres”.

En la *Prima Secundae* de la *Suma Teológica* S. Tomás ofrece la siguiente definición general de ley: “ordenación de la razón al bien común promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad” (*ordinatio rationis ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata*). Maritain destaca que es una definición hecha en función de la inteligencia y no de la voluntad. Lo que define la ley es la razón, la inteligencia que puede hacer un orden por ser ordenada. La comunidad es el sujeto y el fin de la ley. La ley debe ser promulgada por aquel que recibe el mandato de la comunidad de dirigirla hacia el bien común. La ordenación de la recta razón que supone la ley que de veras sea tal, da forma de patrón de conducta a la rectitud del querer como medida de la razón práctica. Como toda autoridad viene de Dios (S. Pablo) quien tiene el *imperium* debe poseer la *auctoritas*. Con el *imperium* se da a la voluntad rectora de quien cuida la comunidad la capacidad de dar vigencia a una ley (promulgación), de aplicarla, “de establecer — dice Maritain— un orden capaz de ser impuesto a otros”.

Por su naturaleza racional, es propio del hombre conocer por la inteligencia. Pero Dios no lo deja limitado a sus propias fuerzas. Da un testimonio perenne de Sí. Tanto el orden de lo creado —la participación

de las criaturas en el ser— como el autotestimonio de Dios se abren como objeto de estudio para la razón humana.

Juan Pablo II recuerda que junto al *yo creo* se encuentra, en la criatura humana el *yo se*. No hay oposición entre fe y razón. En el hombre puede darse la perfecta complementación entre una y otra. Quien afirma sólo la razón cree que sabe. Quien adhiere a la fe sabe que cree. La *vía del saber* y la *vía de la fe* se ayudan mutuamente. En el caso del cristiano, está la razón iluminada por la fe. Porque la Revelación es Dios que se nos comunica para nuestra salvación. Por ella, el hombre conoce con certeza y sin error la realidad divina a la cual no puede llegar con la simple razón humana. Por eso el Papa, en la Enc. *Fides et Ratio*, llega a proponer como definiciones del hombre *aquel que busca la verdad y aquel que vive de creencias*.

### Libertad e historia

Dios da a la persona humana dos facultades superiores del alma que la hacen a *Su imagen y semejanza*. La inteligencia le permite conocer el ser en cuanto verdadero, bueno y bello. La voluntad quererlo en cuanto bueno. La verdad buena. La bondad verdadera. La conducta propiamente humana —la *praxis* cargada de sentido— posee por ello una radicalidad ética. Los principios morales que deben regir su acción son absolutos y objetivos. Son las normas específicas de su humanidad. No se las da a sí mismo. Las recibe del Autor de su naturaleza. La aparente paradoja reside en que teniendo como específicamente humanas normas morales que le vienen dadas con su naturaleza, dependa del recto uso de su libertad el seguirlas o no seguirlas; y que su conocimiento pueda volverse más opaco a causa de su no cumplimiento. La adecuación de su conducta a las normas morales es exigencia de su plenitud humana y de su fin último: Dios le da esas normas al hacerlo hombre y le otorga las gracias para vivirlas para que pueda llegar a Él.

El desarrollo de la personalidad se da, sin embargo, en un marco de condicionantes de espacio y tiempo; en el contorno preciso de la subjetividad de cada quien. El ser humano es, por tanto, finitud llamada al Infinito. Temporalidad llamada a la eternidad. Acto y potencia que busca al Acto Puro. Ser creado que busca al Creador. Redimido que busca al Redentor. Cuando el hombre pretende reducir la consideración

de sí mismo y la de la vida social a los límites de su pura inmanencia, pretende relativizar lo absoluto y absolutizar lo relativo. Empeño trágico que culmina siempre en la dolorosa constatación de su impotencia, en la amarga rebeldía frente a la propia finitud.

El hombre es un ser histórico. Necesariamente histórico. Su existencia está modelada —no *determinada*, pero sí *condicionada*— por el lugar y la época en la cual le toca vivir. Tiene la responsabilidad de dar su contribución a su época, a sus coetáneos y a las generaciones futuras. Antonio Millán Puelles, en su *Ontología de la Existencia Histórica*, advierte que de afirmarse que tiene *necesariamente historia* no puede concluirse que tiene *historia necesaria*. Son, en efecto, dos cosas diferentes. La historicidad es un desafío abierto a la libertad para proyectar lo absoluto y objetivo de lo propiamente humano en el escenario de variables (relativas, por tanto) del existir personal y social. La fatalidad priva al ser humano de la responsabilidad moral por su conducta histórica, al despojarlo de su libertad. Pero, al hacerlo, priva, además a la *praxis* del pre-requisito que la hacía propiamente humana. Porque la plena realización del hombre supone una conducta que, contando con Dios, lleva hacia Dios a través del acontecer humano.

El hombre es un ser histórico existiendo en un pueblo determinado en un tiempo determinado. La categoría de pueblo debe ser vista en conexión con la de persona y con la de nación.

Cecilio Acosta, en *Lo que debe entenderse por "pueblo"*, escrito fechado en Caracas en enero de 1847, llegó a plantear un concepto reducido de *pueblo*, que, más allá de la bondad de su intención, resulta difícil de sostener en el orden académico. Para él, *pueblo* era "la totalidad de los buenos ciudadanos". Y explicaba: "es preciso que sea compuesto, no sólo de *ciudadanos*, para que resulten excluidos los que no lo son, sino también de ciudadanos que sean y puedan llamarse *buenos*; calificación que se hace necesaria agregar, a lo menos mientras los hombres no sean más ilustrados y virtuosos que lo son hoy". Por cierto que casi 21 años después, en diciembre de 1867 —en el primero de sus cuatro artículos sobre *Deberes del patriotismo*, (que se extienden en enero del 68) señalaba al odio político como el cáncer de la vida social de nuestros pueblos: "confunden de ordinario la idea con la persona, la doctrina con la parcialidad, se oyen a sí solos, se niega la cooperación de la labor común;

y vienen, como resultas, la esterilidad de los esfuerzos de la administración, la impotencia en los trabajos de la paz y la pendiente que va a dar a los abismos de la guerra”. Como puede verse, a pesar de la dicotomía entre *buenos y malos*, alguno que ha usado división semejante (v. gr. Gómez) no podrá nunca arrojarse con el pensamiento civilista de Acosta, el indolegable frente al bandolerismo de los Monagas y frente a la tiranía deshonesto de Guzmán Blanco. Cecilio Acosta es el maestro de quién pudo escribir José Martí, culminando su hermoso elogio póstumo, que *cuando alzó el vuelo, tenía limpia las alas*. La dicotomía, en su uso posterior, tiene, pues, más de gomera que del civilismo impoluto y civilizado de Acosta. En Cecilio Acosta podía haber ingenuidad. En Gómez e imitadores luce simplismo perverso.

Si la existencia del hombre en la sociedad política —como recordaba Eric Voegelin en *La Nueva Ciencia de la Política*— es una existencia histórica, el político hace política para el quehacer histórico. Aspira a hacer historia con sentido de historia. Así, poseer *sentido de historia* significa, para el político, básicamente tres cosas: el conocimiento real, comprensivo, valorativo y aleccionador del pasado (sobre todo, el de su propio pueblo, en cuyo proceso le toca actuar como protagonista); el conocimiento cultural-político del presente; y un diseño del aporte posible al proyecto histórico de la nación para el tiempo por venir. La política práctica —como habrá ocasión de resaltar más adelante—supone, por ello, opción sobre diseños de un mañana.

La historia —“testigo de los tiempos, luz de la verdad, vida de la memoria, maestra de la vida, mensajera de la antigüedad” (*testis temporum, lux veritatis, vita memoriae, magistra vitae, nuntia vetustatis*), en el grácil decir de Cicerón (*De Oratore*)— debe ser conocida, en especial, por quien aspira a desplegar su acción en los espacios públicos.

No ha habido *épocas doradas*. Jugar con mitificaciones del ayer supone, para quien reflexiona para la acción (y muchas veces desde la acción misma) ceguera ante el mañana. No se trata de citar el apóstrofe de su madre a Boabdil, último rey moro de Granada (*Lloras como mujer lo que no has sabido defender como hombre*). Se trata de recordar que, en la vida política, lo necesario y conveniente no es ir a la *búsqueda del tiempo perdido*, como en la ficción de Proust, sino a la conquista del tiempo por venir.

Hay que conocer el pasado, pero no sólo el pasado. Hay que recibir la herencia histórica a beneficio de inventario, sin buscar nutrirse sólo del ayer; y, menos aún, nutrirse sólo de las pequeñeces del ayer. Sería como pretender manejar un vehículo mirando sólo por el retrovisor. Quien eso haga chocará, sin duda. Y no es que no se deba mirar por el retrovisor, sino que no se debe mirar *solamente* por el retrovisor. Aunque se base en un sólido conocimiento del pasado, la política es, sobre todo, *una discusión sobre el presente cara al futuro*.

Si la historia es acontecer humano, la cultura es quehacer humano. Parece lícito afirmar que todo quehacer político digno es quehacer cultural, pero no a la inversa. No todo quehacer cultural, en efecto, es quehacer político. La política, siendo necesariamente histórica como la conducta humana es, además (y por ello), expresión de una cultura. Como destacaba Augusto Del Noce, muchos de los llamados *errores contra la cultura* son, en realidad, *errores de la cultura*. (Hacía referencia, siguiendo a Giácomo Noventa, al idéntico horizonte cultural en el cual históricamente se movían tanto el fascismo como el antifascismo italiano).

Así, toda política presenta un insoslayable *piso cultural*; es decir, refleja, en alguna medida, e incide, inexorablemente, sobre el *clima cultural* del tiempo en que se realiza, dentro del específico proceso histórico del pueblo en el cual cobra vida. La cultura, pues, *condiciona*, no determina la política. De esa manera, las políticas merecedoras (por sus frutos) de censura histórica, más que *errores contra la cultura*, suelen ser, con mayor frecuencia, trágicamente, *errores de la cultura*.

Una cultura que más que por buscar certezas se caracterice por sembrar dudas, como pedía con equivocada convicción Norberto Bobbio, no es la cultura que deseamos los humanistas cristianos. Porque si la cultura (también la política) está centrada en la persona humana, las facultades superiores del alma racional de ésta, las que la caracterizan propiamente como humana, están dadas para conocer el ser en cuanto verdadero (inteligencia) y para quererlo en cuanto bueno (voluntad). La verdad poseída conduce a la certeza. Si se parte o se postula un relativismo gnoseológico tendrá que postularse fatalmente un relativismo ético y un pragmatismo existencial avalórico y utilitarista. Dentro del mismo, el compromiso político lucirá como algo coyunturalmente explicable, pero como algo sin sentido, si pretende buscarse como causa de la militancia

la adhesión convencida y combativa por un ideal, por unos valores, por una concepción del hombre y de la sociedad, de la vida y de la historia. Compromisos parciales, pragmáticos, utilitarios y maquiavélicos o neomaquiavélicos serían los únicos posibles, aceptables y recomendables. Toda fe, en cuanto se considera aceptación de la verdad, resultaría, para tal enfoque, algo irritante y vituperable. El escepticismo nihilista tiene en el procedimentalismo liberal positivista su fuente teórica y práctica más destacada.

La cultura humanista cristiana parte de verdades, acepta verdades y busca verdades. A ella interesa, teórica y prácticamente, *la verdad a la cual servir* de que hablaba Maritain, no *el interés del cual o por el cual medrar*. Las simples reglas consensuales no son capaces de dar cuenta plena de sí mismas, a no ser que se postule un formalismo absoluto, como hace el neo kantismo de Marburgo, y, en el campo de la teoría jurídica y política, Hans Kelsen, como exponente de la Escuela de Viena; por no hacer referencia (que nos llevaría lejos) al contractualismo liberal de John Rawls en su *Teoría de la Justicia*.

### Los espacios públicos

La sociedad no es un simple mecanismo que garantice la funcionalidad reglamentada del egoísmo de los individuos. El hombre, ayudado por la libertad (don natural) y por la gracia (don sobrenatural), está llamado a buscar su bien particular buscando el bien común social. Porque éste es el máximo bien particular. La rectitud del querer es la medida de la razón práctica. La sociedad no es una mera yuxtaposición de individualidades. En el orden social debe darse la armonía solidaria de lo múltiple humano. La unión moral entre los integrantes de una sociedad supone el reconocimiento de un fin que trasciende a los individuos y que exige, a cada uno de ellos, cooperar con sus actos para lograrlo.

Los espacios públicos en la sociedad son aquellos en los cuales se atiende prevalentemente al bien de la colectividad más que al bien particular. Mejor dicho, en los cuales se atiende al bien particular cuidando el bien de la comunidad organizada. Participar en los espacios públicos —en su dinámica, en su conducción— supone la revalorización de la conciencia ciudadana, la legitimidad de la presencia responsable de sujetos conscientes de la importancia de la vida social.

La persona singular puede buscar una presencia permanente en los espacios públicos como *funcionario* o como *actor político práctico* propiamente dicho. De ambas maneras la razón de dicha presencia es la búsqueda del bien común o fin social. El funcionario lo hace cumpliendo con una tarea de carácter burocrático y técnico en el hacer carrera dentro del llamado *servicio civil* para diferenciarlo del *servicio militar*, en el ámbito del *servicio público*.

Cuando en una sociedad determinada existe una madurez institucional y una tradición civilista nutrida de hábitos civilizados, la búsqueda del *imperium* por parte de los políticos prácticos que compiten lícitamente en el marco de un existir social libre (la pluralidad de opciones es condición *sine qua non* de la sociedad abierta y de la posibilidad de los consensos democráticos sobre los proyectos políticos de rango nacional) no es antagónica con la estabilidad y profesionalización que reclama un funcionariado de carrera. El político práctico buscará el poder como herramienta para trabajar con su ejercicio por el bien común social, que es la causa final de su ser político. Así, el poder es un instrumento para su quehacer, pero no causa de su ser.

El funcionario, por el contrario, en las distintas jerarquías de lo que se entiende como servicio civil, sirve a la comunidad política mediante el cumplimiento de sus tareas, orientadas principalmente al bien del conjunto social, más que al bien particular del funcionario singularmente considerado. El servicio civil es, como su nombre indica, una vertiente profesional *de servicio*. De servicio a la comunidad. En sociedades con madurez institucional el funcionariado público suele tener alta competencia profesional y gozar de amplia respetabilidad social. Constituye entonces una *élite* tecnocrática, reclutada en marco de pública competitividad, que suele estar muy bien remunerada (para evitar que sea sustraída por el sector privado) y no está sujeta en sus tareas a los vaivenes de la alternabilidad política de los altos niveles decisorios, en cualquiera de los poderes del Estado, para los cuales suele competir el político práctico, sometiendo periódicamente la evaluación de su gestión a la opinión ciudadana, en las sociedades democráticas. (Piénsese, a modo de ejemplo, en la *élite* que en sus respectivos países constituyen, en Francia, los egresados de la *École National d'Administration* —la ENA—, los llamados *enarcas*; y en Brasil los egresados de la *Academia Rio Branco*, que nutre a Itamaraty, la Cancillería brasileña, de sus brillantes cuadros).

Tanto la función pública, como desempeño profesional en los cuadros del Estado; como la vida política práctica, como búsqueda lícita del poder en cuanto herramienta para la búsqueda del bien común, son consecuencia del existir social del hombre. Los espacios públicos no son una ficción, sino una realidad derivada de la naturaleza social de la persona.

La afirmación de la legitimidad de los espacios públicos es, pues, una necesidad. La cultura dominante, de matriz liberal positivista, con una lógica perversa, prefiere ignorar al ser humano como persona, viéndolo sólo como individuo carente de naturaleza social. En la misma medida en que esa cultura ha confundido, con no ingenua ignorancia, estatismo y Estado, ha conducido no a la mejoría sino a la satanización de la política. Los liberales comenzaron por afirmar que el Estado en sí era malo; más aún, que era la encarnación de la maldad. Es fácil deducir que, según tal enfoque, y con una lógica lineal, si el Estado es el mal, el servicio al Estado es perverso. Por tanto, si la actividad política y la presencia en los espacios públicos supone la posibilidad del servicio al Estado, la política resulta intrínsecamente inmoral.

Para una filosofía social que se fundamente en la afirmación plenaria de la persona humana, tal razonamiento carece de base. Porque la afirmación del Estado como garante del bien común no conduce al estatismo sino a la vigencia del principio de subsidiariedad. Y, a su vez, la afirmación de la legitimidad de los espacios públicos encuentra, en la conciliación del bien particular y del bien común social, su necesaria proyección en la vigencia del principio de solidaridad.

La satanización de la política ha sido la consecuencia de un cierto liberalismo economicista que reduce la libertad del hombre a ajustar su conducta a las leyes del mercado. Ese enfoque de la cultura dominante no sólo priva de legitimidad a los espacios públicos, sino a los actores públicos y a las distintas formas de intermediación.

Los espacios públicos son, así, el escenario para la *deliberación*, entendida ésta como mecanismo para la búsqueda de los consensos necesarios en el marco de la democracia pluralista. El escepticismo



moral y de la política, llegando a plantearse, por algunas expresiones del neoliberalismo, el funcionamiento espontáneo de la sociedad. Se trata, como es lógico suponer, según ellos, de la espontaneidad *natural* del mercado. Espontaneidad *natural* que la *mano invisible* de Adam Smith, sin los correctivos normativos de quienes tienen en sus manos la gestión política de lo público, termina por favorecer darwinísticamente a los más poderosos desde el punto de vista plutocrático.

Los espacios públicos son, admitida la legitimidad de la política, el escenario para la dedicación responsable a los asuntos de la comunidad en la cual se vive.

### **La sociedad civil en el ámbito de la modernidad y la posmodernidad**

La *sociedad civil* entendida desde un ángulo liberal individualista necesariamente supone un proceso de despolitización *contra natura*, antihistórico e imposible. Pretender una vida humana carente de una dimensión social y por ello política sólo contribuye a la pérdida de eticidad que contribuye a la fortaleza de los lazos que la convivencia necesariamente impone. Esa perspectiva liberal suele estar en el transfondo de todos los conservatismos que buscan refugio en los regímenes hipotéticamente fuertes. La mentalidad de la mesocracia se pone allí de manifiesto en la extendida, cómoda, burguesa y egoísta actitud de sacrificar gustosamente la libertad y la dignidad por la oferta (no siempre cumplida) de la seguridad. Esa mentalidad está en la base de todos los fascismos, de derecha y de izquierda (porque uno de los fenómenos que la posmodernidad en su decadencia y agonía ha mostrado, es que el fascismo no es monopolio de la derecha; y que el voluntarismo descarnado de la izquierda de los sueños muertos puede ser peor fascismo, que algunos fascismos *light* del desarrollismo liberal de antaño).

Si el enfoque de la tradición liberal de la sociedad civil supone una creciente despolitización de la dinámica social a favor de un aumento progresivo del economicismo, ello no supone, en los países más avanzados donde tal tradición tiene rango de cultura hegemónica dominante, ni la eliminación, aniquilación, sustitución radical (o lo que se quiera) de la sociedad política, sino, estrictamente la acotación de su ámbito preciso. Si lo público (visto liberalmente como un mal necesario) debe existir,

entonces confínesele en un reducto no muy amplio, preciso, con reglas de juego claras y universales y, prácticamente, búsquese convivir con ello al menor coste posible.

El ejemplo, en el marco de la teoría que nada a favor de la corriente de la cultura dominante con la savia de la cultura liberal individualista, es nada menos y nada más que el de la nación más poderosa de la tierra: los Estados Unidos de Norteamérica. Podría argumentarse, con relativa facilidad, por parte de una cierta mentalidad ultraconservadora (que allí, por cierto, no es difícil de encontrar) que la contradicción norteamericana se hace patente en el nacimiento y en el desarrollo del llamado Estado del Bienestar (*Welfare State*).

William Henry Beveridge, primer Barón de Beveridge of Tuggal (1879-1963), economista británico nacido en el entonces Virreinato de la India, en Rangpur (hoy Pakistán), es considerado el padre del *Welfare State*. Educado en Oxford, tuvo importantes responsabilidades académicas: fue Director de la *London School of Economics* de 1919 a 1937 y, luego, *Master* del *University College* de Oxford de 1937 a 1944. El llamado Plan Beveridge suponía todo un programa de seguridad social y de Estado del Bienestar. En 1944 fue elegido Miembro del Parlamento (MP, Diputado) por el Partido Liberal. Entonces, la Cámara de los Comunes respaldó como plan de seguridad social el Plan Beveridge reformado. Caballero en 1919, fue nombrado Barón en 1946. Publicó diversas obras (*Planning Under Socialism*, 1936; *Social Insurance and Allied Services*, 1942; *The Evidence for Voluntary Action*, 1949; y *Defence of Free Learning*, 1959). Fue, sin embargo, *Full Employment in a Free Society*, aparecida en 1944, la que, según algunos, permite considerarlo como padre del *Welfare State*. Esa obra tuvo notable impacto, no sólo en Gran Bretaña sino también en los Estados Unidos, y fue vista como el Manifiesto del Estado del Bienestar. Si la miseria genera el odio y el odio genera violencia, la forma de hacer extensivo el beneficio de la propiedad al mayor número de ciudadanos, ayudando así a la pacífica convivencia en una sociedad libre, era, para Beveridge, el pleno empleo. No había prosperado la aceptación teórica y práctica de la fórmula de la cascada que el neo-liberalismo de von Hayek, con su darwinismo social, haría descubrir como nueva verdad a los sectores más poderosos de la sociedad opulenta.

Las tesis de Beveridge eran, en la década de los 40 y en las posteriores a la II Guerra Mundial (las de los años 50 y 60) ensamblables con las de Keynes, en cuya concepción el incremento del gasto público y del endeudamiento no resultaban *per se* algo vituperable, sino camino hacia un desarrollo sostenido y a una distribución más justa de la riqueza en las sociedades industriales de alta densidad.

En los Estados Unidos el planteamiento de Beveridge tuvo un eco particular, por su propia historia desde la crisis de entreguerras. En efecto, desde la Gran Depresión, que abarcó desde el fin de los años 20 hasta el fin de los 30, soluciones de un estatismo creciente como el *New Deal* de F. D. Roosevelt fueron el valladar neocapitalista a una eclosión de distintos socialismos y radicalismos colectivistas o corporativistas, que amenazaron (en un medio sacudido entonces por la miseria y el hampa organizada a gran escala) la vida privada y pública de un gran país, con dimensión continental que, venciendo su siempre latente tendencia aislacionista, había incursionado en los campos de combate de la I Guerra en Europa, como lo haría luego, en Europa, en el Norte de África y en Asia, en los de la II Guerra Mundial.

Quizá el canto del cisne del *Welfare State* en los Estados Unidos fue la discutida administración del Presidente Jimmy Carter. El costo de la seguridad social fue en aumento y el prestigio exterior de los Estados Unidos decreció sensiblemente. La deuda gubernamental era descomunal. Ello abrió el camino a los dos períodos del Presidente Ronald Reagan, donde el modelo que sus críticos calificaron de *reaganomics* equivalía, en la práctica, al abandono progresivo e implacable de las que habían sido políticas públicas durante más de medio siglo en las administraciones americanas.

Desde Reagan en adelante, el desarrollo de la ya fuerte sociedad civil norteamericana alcanzó cotas hasta entonces no vistas. Ni siquiera el regreso de los demócratas al poder, después de la presidencia de Bush, con el triunfo de Bill Clinton, ha supuesto, hasta este inicio de siglo y de milenio una reversión de esa tendencia. La fuerte tradición liberal norteamericana (liberal no en el sentido de los *liberals* de ese país, sino en el sentido que clásicamente se atribuye a ese término, que es el que en estas líneas se usa) ha generado una singular dinámica, en la cual las organizaciones no gubernamentales y las fundaciones privadas (aunque unas y otras tengan apoyo estatal) desempeñan un papel prioritario.

La visión de la sociedad civil desde el ángulo de la tradición liberal individualista cobró auge con el desarrollo académico, sobre todo en el mundo anglosajón, en las décadas de los 80 y los 90 del siglo pasado, de la tesis de la caducidad histórica del Estado Nación. A comienzos de la primera década del siglo XXI, tales profecías (sobre todo después del fracaso de la Tercera Cumbre Ministerial de la OMC, en noviembre de 1999, en Seattle) parecen ilusiones de una utopía pasada. Si el orden nacional e internacional aparecía afincado en los Estados modernos como sujetos de derecho desde los Tratados de Westfalia de 1648, la caducidad de los mismos, proclamada en nombre de la globalización y del triunfo del capitalismo, visto desde el 89 como verdad *erga omnes* e incluso como *fin de la historia* (Fukuyama), se ve hoy como entusiasmo fugaz rechazado por la historia.

Hoy se piensa que la globalización no requiere tanto la *eliminación* del Estado Nación sino su *reforma y adaptación* a las exigencias internas y externas que la sociedad de información plantea.

### **El planteamiento liberal individualista y el apoliticismo a caballo entre dos siglos**

De manera tácita, en los planteamientos sobre el inminente fallecimiento del Estado Nación estaba una aversión intelectual y cuasi fisiológica al Estado como tal. Semejante proposición suponía pues, nada menos y nada más, que la sustitución definitiva de una odiada *a priori* función pública. Se sembró un desprecio al funcionariado del Estado, con una argumentación simplista, de coherencia aparente, al cual se hizo ya referencia: *El Estado es el mal; el servicio al Estado es, por tanto, perverso; y, si ello es así, la política es intrínsecamente inmoral*. La tradición liberal individualista revestía, de esa manera, de un supuesto eticismo su planteamiento. Extraña circunstancia: los celosos defensores de un relativismo moral, de un subjetivismo ético, del Prometeo economicista, terminaban –ellos, que no reconocían moral absoluta ni instancia religiosa superior a la propia conciencia individual- pretendiendo arropar de cobija moral sus planteamientos que, a menudo, tenían mucho de elaboración interesada. Porque, en efecto, un desarrollo coherente de semejante postura conduce, sin mayores vericuetos, al anarquismo puro y simple (como planteó, en alguna de sus obras, un profesor de *Ivy League* como Robert Nozick).

Dominique Moïsi (*L'Amérique, l'ère de la maturité*, en *RAMSES 2000*, Paris, 1999) habla de la pareja infernal constituida en los Estados Unidos por la alianza entre el dinero y la indiferencia. Porque la necesidad de repensar y reinventar la democracia exige la rehabilitación de la política a los ojos de los ciudadanos; y ello resulta contradictorio con el proceso de infantilización cuando no de embrutecimiento de los ciudadanos realizada por los *mass media* y por una contracultura en la cual el consumismo y el hedonismo han trastocado una recta visión del *loisir*, del tiempo libre, en las grandes sociedades industrializadas del bienestar. “A fuerza de conformismo social y de optimismo obligatorio –dice–, la cultura de Disney World puede a la larga convertirse en una versión moderna del Séptimo Círculo del Infierno del Dante”.

Desplomado políticamente en el ámbito internacional el llamado *campo socialista* y finalizada la *política de Bloques*, el asco liberal al Estado y a la función pública adquirió en su retórica altos decibeles. Incluso en el mundo al margen del bienestar, en el llamado Tercer Mundo, muchas de aquellas que el culto lenguaje de Arnold Toynbee llamaba *élites herodianas* postularon con más tozudez que sensatez, con más recursos que ideas, con más ambición de poder que vocación de servicio, **la sustitución de la sociedad política por la sociedad civil.**

A semejante dislate nunca se ha llegado formalmente en el mundo industrializado, ni en el campo de la elaboración teórica anglosajona. Porque la sustitución era la aniquilación. Así, las funciones de la sociedad política, a la cual se veía y se hacía ver como intrínsecamente satanizada, debían ser asumidas a plenitud por esa especie de *vanguardia iluminada*, que ya no era el partido comunista como hipóstasis de la clase obrera, sino una tecnocracia sin sentido histórico, sin auténtica vocación política y con una autoevaluación de sus capacidades evidentemente abultada. La burguesía radical progresista, para usar la terminología de Augusto Del Noce, quiso salvar *in extremis* el horizonte imanentista de la modernidad ilustrada, descartando a su contrario. Pero proclamando su derecho y deber natural a regir (democráticamente o no, eso era lo de menos) las sociedades emergentes.

A los pocos días del 4 de febrero de 1992 aparecía en la revista francesa *Le Point* (n. 1015 del 29 de febrero del 92, –ese año fue bisiesto, como lo es el 2000–, p. 5) un artículo de Claude Imbert titulado *La politique*

*en apesanteur*. En él se destacaba, la desafectación a la cosa pública por los ciudadanos, como fenómeno *intrigante* que podía medirse por los índices de abstención electoral. Vinculaba la abstención con tres fenómenos relacionados entre sí: un considerable decaimiento de la fuerza de los partidos políticos; una falta de tono adecuado y de vigor participativo en el debate público; y una preocupante debilidad de los tejidos orgánicos de la sociedad misma. Según Imbert, el desinterés alcanzaba a todas las esferas de la opinión colectiva. El resultado objetivo era una despolitización creciente, que alcanzaba ya niveles inquietantes. Una óptica pesimista podía, sin más, descubrir, en tales indicadores, las señales de una crisis profunda de la democracia.

Imbert profundizaba con agudeza. No era tanto el descrédito de la política en sí, cuanto el descrédito de la actual práctica política; vale decir, de la práctica política de un poder extenuado por sus vicios, mutilado por su ideologismo, gastado por su duración. No se ocultaba, en la complejidad del fenómeno descrito, una tendencia a un individualismo anárquico, porque el poder (todo poder, cualquiera fuese su nivel, cualquiera fuese su signo político –resultando, por tanto, indiferente si era de izquierda, centro o derecha-) era socialmente reputado cada vez más como ineficaz.

Imbert no vacilaba en pronosticar (haciendo referencia a un estudio de un analista de la opinión, Jean-Louis Missika) que el proceso de despolitización se alargaría un cierto tiempo y que se presenciaba, por ello, un movimiento todavía algo vago e impreciso que podía calificarse de *politización negativa*.

Para el articulista de *Le Point* tal proceso estaba afectando en gran manera el principio espiritual que cimenta la idea de nación, que él veía como *la conciencia de haber hecho cosas juntos y desear todavía hacerlas*. Ese proceso de despolitización afectaba, nada menos y nada más, que a la *memoria nacional*. “En esta revolución difusa –escribía Claude Imbert- el individuo se salva, pero el ciudadano se pierde. Del sentimiento nacional no queda sino la nostalgia o las caricaturas del chauvinismo”.

Agregaba que la aceptación acrítica del criterio anglosajón que percibe el poder sólo como un mal necesario no ha ido de manera pareja

a la valoración creciente del Derecho, como recurso indispensable en una sociedad en la cual, en el orden económico, estén hipotéticamente vigentes las normas del mercado.

Desde 1992 hasta el 2000 hemos visto la acentuación del fenómeno que en Francia señalaba el articulista de *Le Point*. Porque los aspectos negativos de la cultura dominante parecen tener dimensión y proyección universal.

¿Cuándo se entenderá que para llegar a una armonía que permita la normalidad cotidiana es necesario librar batallas que son, repito, políticas, por su misma naturaleza? Esa era la *primacía de lo político* que, en un sentido totalmente distinto al de Gramsci, planteaba Aldo Moro. Esa es la primacía de lo político que, con la heroicidad de los disidentes, plantearon, en medio del horror comunista, intelectuales y políticos de la talla de un Václav Benda y de un Václav Havel. No cabe el conformismo respecto al daltonismo histórico de los dictadores o aspirantes a tales, cuya mente de pocas nutrientes no va más allá de desear colocar un inmenso telón gris sucio en el escenario del tiempo presente y por venir.

La actitud inaceptable de algunos de los que se consideran representantes monopolísticos de la sociedad civil, es que aceptan como buena y hacen propia la satanización maquiavélica de la sociedad política. Más aún: aceptan como *a priori* indiscutible el maniqueísmo de *buenos* y *malos*. Con ingenua perspectiva y autoubicados en los *buenos*, esos tales pretenden librar, como David frente a Goliat el combate de los *auténticos buenos* (ellos) contra los *falsos buenos*. Hay mucho de oportunismo, cuando no de hipocresía, en tal postura. Llegaron esos *pretendidos buenos auténticos* al agitado terreno de la política, no por la vía de los constructores esforzados de caminos, sino por los avecinamientos del lodazal, en la mayoría de los casos: porque ellos o sus padres eran, o son, o fueron, financistas no de las más nobles causas, sino de los políticos más desprestigiados. Su acceso a la política no fue por la puerta de las luchas sociales o por los compromisos nobles que atendían al bien común, sino por la compra de los espacios de representación, con la cual los grandes partidos democráticos se depreciaron y depreciaron a sí mismos. Y en el país de los ciegos el tuerto es rey. Postergados los criterios ideológicos y las trayectorias, antes de la crisis institucional fue el momento de las chequeras. Esos tales, que no saben nada de bien común o de interés general, sino sólo de apetencia personal y egoísta.

Se debe recordar, aunque resulte molesto o ingrato a muchos, que el principio de la acción en el campo de lo público es una libre decisión personal de carácter moral. El carácter no sólo político sino ético del compromiso político opositor, para ser verdadero y aportar una calidad a la actitud opositora, debe afincarse más en la defensa de las libertades cívicas que en la repugnancia (comprensible) al populismo. Si no se trata de volver a los vicios del pasado, sino de superar los patentes defectos del presente, parece que **no es el camino de la antipolítica el que se exige, sino el de una manera diferente de hacer política**. Lo demás es escapismo. La fácil actitud del cómodo individualismo que se autoabsuelve por sus omisiones y condena, con notable ingravidez ética y política, cualquier acción ajena. Y nadie, además, sacará al egoísta de su blindado acomodo, indicándole que su omisión ha sido y es deserción. Ese sujeto de espíritu aburguesado tiene tal vacío de valores que no sabe lo que es la responsabilidad. Sería casi inimputable si no evidenciara el más lamentable de los defectos: la insensibilidad efectiva y afectiva frente a todo lo que no atañe a su propio y singular interés. Ese burgués es el que se irrita, con poca racionalidad y emotividad desbordada, contra todos aquellos que, real o imaginariamente, atentan o hayan atentado contra su insolidaria existencia, que es a lo único que presta atención. Ese es el apolítico típico, el antipolítico visceral, que actúa (pensar, poco) como si con sus prejuicios y venablos pudiera variar realmente la naturaleza social, histórica, cultural y política de la persona.

No es que quienes pretendían o pretenden monopolizar el cognoimento de *sociedad civil* hayan decidido, libre y responsablemente, dejar de ser sociedad civil y dar el paso de salida fuera de su estricto interés personal o de grupo para hacerse sociedad política; y, en consecuencia, se disponen a hacer clara, plural, democrática y ciudadanamente, vida política en los espacios públicos. No, no es eso. En nuestro pobre medio se trató, y se trata, por el contrario, usando instrumentalmente un concepto en boga, no tanto de construir y fortalecer una sociedad civil inexistente o anémica (ello hubiera sido meritorio y digno de alabanza), cuanto de tomar por asalto una sociedad política debilitada por la corrupción (por la cual era, también, cómplice una parte de la autodenominada sociedad civil). La dispersión ocasionada por la repulsa social, la crisis del consenso sobre los viejos acuerdos de *élites*, y la falta de una renovada savia cultural política paralela al conveniente y necesario remozamiento de actores; todo ello ha influido en el fenómeno que se menciona. Así se ha tratado y se trata de un errático asalto de la

autollamada sociedad civil a la sociedad política. Un asalto con afán de desplazamiento y de sustitución. Un asalto que coincide con los diseños estratégicos y tácticos del poder con pretensión hegemónica. Un asalto que dispersa y merma fuerzas del civilismo democrático.

El asalto de la sociedad civil a la sociedad política (y la afirmación de la carencia de necesidad, vigencia y legitimidad de ésta última), no es una ficción en la historia venezolana posterior a la llamada *lucha armada* de los 60. Ese asalto fue un asalto real. Fue un asalto mantenido, a través de los *mass media*, con creciente intensidad en las dos últimas décadas del siglo XX. El asalto efectuado en nombre de la sociedad civil causó, en verdad, efectos letales en la sociedad política. Pero no fueron, no, al menos en el corto plazo, los asaltantes sus beneficiarios directos. Sirvieron a los intereses y a las estrategias de otros: de aquellos derrotados por la sociedad política, en las luchas por la institucionalización de la libertad y la democracia, durante los años 60. Y estos, a su vez, prepararon el lecho para el reposo de otros guerreros: aquellos que nunca tuvieron su mente aprisionada por utopías revolucionarias, ni por apasionados planteamientos eticistas contra la corrupción, sino que desarrollaron una poliédrica conjura cuartelaria en pos de una fría ambición de mando.

Hemos ido, así, en esta Venezuela errática, rodando hacia el caos, hacia cierto militarismo anacrónico que supone –fíjese Ud.!- tanto la muerte de lo que la tradición liberal llama *sociedad política* como de la que esa misma tradición llama *sociedad civil*. Porque el militarismo antihistórico proclama, muy nutrido de los conceptos de la tradición socialista y de la tradición de los nacionalismos chauvinistas, la visión de la sociedad civil propia de esas tradiciones. Y si, en la actualidad, canta la muerte necesaria de una demonizada sociedad política, sostiene, a la vez, la necesidad de someter a sus sabios y pretorianos designios a la sociedad civil, que no es para ellos la encarnación del bien, sino el concentrado de los egoísmos contrarios al interés general.

### **De los favores indirectos de la sedicente sociedad civil al pretorianismo**

La autodenominada sociedad civil en nuestros medios puede descubrir en carne propia que la sociedad pretoriana (a la cual ella, a través de los *mass media*, inficionó de repulsa a la sociedad política) no es su vasalla, sino que exige vasallaje. Y el vasallaje que exigen los

pretorianos siempre ha sido, para las sociedades libres, mucho peor que el que supuestamente exige la sociedad política. Más aún, la sociedad civil verá como los grandes intereses oligárquicos, que pensaban instrumentalizarla en su pugna por la eliminación de la sociedad política, no tienen el menor empacho en someterse, lúdica, festinada y jubilosamente a todos los caprichos del César y sus áulicos. La censura tardará, porque no hace falta, pudiendo constatarse la realidad degradada y deprimente de la autocensura, como regla del miedo, como factor de chantaje (por el pavor de quienes no están dispuestos a librar con honor ninguna lucha, porque carecen de honor y de ideales; y siguen proclamando, con pragmatismo bastardo, que las nuevas *gracias al sacar* son sólo las abultadas chequeras y la posibilidad de incrementar *sine die* sus personales fortunas).

¡Ojalá exista en nuestro medio una poderosa sociedad civil! Para una auténtica participación ciudadana, se exige un entramado de sociedades intermedias en todos los campos, con plena independencia del Estado, atestiguando en su hermosa pluralidad la naturaleza social de la persona; y sirviendo, también, para poner de relieve que el Estado ni es un fin ético, ni determina los fines éticos de la persona (como erróneamente proclama el inmanentismo atea de la utopía socialista), sino que debe reconocer la licitud y validez de los fines éticos de la persona y ayudar al logro de los mismos, protegiendo e impulsando (sin instrumentalizarlas) las sociedades intermedias.

¡Ojalá exista una sociedad civil que verdaderamente sea tal! Ni es deseable una sociedad política pretendiendo instrumentalizar a la sociedad civil; ni tampoco lo es una sociedad civil buscando (con una desenfocada perspectiva cultural y con una errónea óptica política) la aniquilación de la sociedad política. El dirigente de la sociedad civil que quiera cambiar de vocación pública y asumir el papel de dirigente político, bienvenido a la sociedad política. Con plena conciencia de que libre y responsablemente ha pasado de una sociedad a otra; que sus tareas ciudadanas son no accidental sino sustancialmente diferentes. Pero ¡acabemos de una vez con esa especie híbrida del exponente de la sociedad civil que, deseando mantener su condición de tal y en supuesto ejercicio de la misma, pretende ser uno de los rectores de la sociedad política!.

Particular importancia tiene este tema respecto a la *intelligentsia*. No se trata de la manoseada discusión acerca de si el intelectual puede o debe hacer política. Se trata de ponderar, en el hoy y ahora de la Patria, si la intelectualidad puede estar ajena a *la crítica del poder como condición de toda crítica*. Sólo la crítica de los intelectuales al poder puede dar la pauta a seguir a una sociedad de conciencia adormecida con un individualismo patológico; y que adolece, por ello, de frágiles vínculos de solidaridad entre los componentes de la comunidad.

### **Históricamente, la sociedad civil venezolana contemporánea nace de la sociedad política**

Verdad es que el drama de buena parte de la degeneración de nuestra democracia estuvo en la deformación de las pocas y débiles formaciones de la sociedad civil por parte de la sociedad política. Ello tiene una explicación, que no una justificación. Desde el post gomecismo, (vale decir, en términos latos, la segunda mitad del siglo XX venezolano), la formación de una inexistente sociedad civil venezolana es obra, duela a quien duela, de los partidos políticos democráticos modernos de nuestra patria, (de matriz europea, signo ideológico, militancia rígida). Fue así la sociedad política, a través de los partidos, la que en nuestro medio engendró muchas de las distintas expresiones de la sociedad civil (sindicatos, gremios, ligas agrarias, agrupaciones culturales, sociales y deportivas, asociaciones de vecinos, sociedades cooperativas, etc.). El factor negativo y degradante estuvo en que los partidos, en vez de reconocer la legítima autonomía de esas variadas manifestaciones de la sociedad civil, una vez formadas las estructuras inexistentes de asociación y participación popular, quisieron uncirlas, como factor de poder social extendido, a sus líneas partidistas. En esta deformación influyeron de manera determinante las organizaciones marxistas leninistas, para las cuales resultaba una *contradictio in terminis*, cuando no una visión *contra natura*, imaginar sociedades intermedias realmente dotadas de autonomía (desde Universidades, sindicatos y colegios profesionales; hasta Asociaciones de Vecinos). Pero no fue defecto sólo de esos partidos (comenzando por el primero de los partidos venezolanos, el Partido Comunista, fundado por un grupo de aristócratas jacobinos -Machado, De la Plaza, Conde Jahn, Irazábal, etc.-, de los predios del *Club Venezuela*, en la entonces exclusiva urbanización El Paraíso, sitio en la Caracas del primer tercio del siglo XX de "ese grupo selecto que se llama a sí mismo *sociedad*, y

vive de invitarse o no invitarse”, para decirlo con las palabras de Ortega y Gasset en *La rebelión de las masas*). Fue un defecto que, en mayor o menor medida, tuvieron todos.

Sin embargo, la verdad que hoy muchos quisieran ignorar es que, sin la labor, lenta y paciente, de las organizaciones políticas no hubieran podido tener existencia real (con todos sus defectos) las elementales, imperfectas y a veces deformadas estructuras de participación de las sociedades intermedias en nuestro entramado social. En otros países las sociedades intermedias existentes como vehículos de participación en el marco de la sociedad civil generaron en la sociedad política organismos de gran vitalidad, que permitieron a un sector preterido de la sociedad actuar políticamente como políticos. El ejemplo clásico que suele citarse es el de los sindicatos británicos, como estructura participativa de la sociedad civil, o la *Fabian Society* como expresión de cierta *intelligentsia* de izquierda, de los cuales surge el Partido Laborista, que rompe la polarización histórica de la política de las Islas Británicas entre Conservadores y Liberales. Ese ejemplo es exactamente el contrario del objetivamente constatable en el proceso histórico venezolano.

### **El caudillismo militar, factor de rechazo a la consolidación de la sociedad civil**

El caudillismo militar mantuvo en un estado de lamentable subdesarrollo la estructura institucional, tanto de la sociedad civil como de la sociedad política, en Venezuela. La política armada dependía, en casi toda una centuria de guerras fratricidas, de quién lograba hacerse con armas y municiones; y arrastrar, para hacerlo jugarse la vida en función de su ambición de mando, al pobre hombre del pueblo que terminaba luchando no por la causa en la cual creía (pues la mayoría de las veces ni la conocía) sino por el bando que lo reclutaba, de la misma manera que los grupos armados se llevaban el ganado para sustento de las montoneras.

Con el *Monagato* (1847-1858) y el asesinato del Congreso (24 de enero de 1848) se cierra la primera posibilidad de estabilidad, gobierno civil y decencia administrativa. Es verdad que lo que Mijares llama *Gobierno Deliberativo* y la historia oficial del liberalismo, siguiendo a Gil Fortoul, califica de *Oligarquía Conservadora*, estuvo, después de la ruptura de la Gran Colombia y del Congreso antibolivariano de 1830,

bajo el tutelaje de la espada de Páez. Pero es ya lugar común admitir que en ese período (1830-1847), además de caracterizarse por la vigencia de la Constitución de más larga duración de nuestra historia (a excepción de la de 1961, que dura en su vigencia hasta fines de 1999 cuando es sustituida por un texto novedoso que provoca, fuera de nuestras fronteras, desde curiosidad hasta hilaridad; y, dentro de ellas, en la *élite* ilustrada, consternación), no se llegó jamás a la arbitrariedad canallesca y al crimen impune alentado y justificado desde el poder, tal como está descrito con horroroso plasticismo en las *Memorias* (aún incompletas en su edición) de Pedro Núñez de Cáceres (el dominicano que hizo de Venezuela su segunda patria).

Y como de la siembra de la violencia y el odio no se cosecha nada bueno, impelido por el ímpetu suicida de una sociedad en la cual el morbo del robo y el crimen había logrado carta de ciudadanía, al amparo de quienes consideraban que los laureles logrados en los campos de batalla de la Independencia los colocaba por encima de toda norma de moral o derecho natural o de toda ley positiva que no se ajustara a su lujuria de poder, la nación encontró su salida de cauce en una pavorosa guerra social, donde afloraron todos los complejos y frustraciones. Fue calificada altisonantemente como *Guerra Federal*, *Guerra Social* o *Guerra Larga*. Duró de 1858 a 1864. (¿Cuándo comenzó propiamente la Guerra Federal? Se discute básicamente si el punto de arranque debe colocarse en 1858, con el *Manifiesto de San Thomas*; o en 1859, en la *Proclama de Palmasola*. La formal proclamación de la Federación la hace, sin embargo, Tirso Salaverría, en febrero del 59, en Coro). Y concluyó para que todo fuera peor de lo mismo: con Pedro José de Rojas y Antonio Guzmán Blanco repartiéndose las contantes y sonantes ganancias de aquél pleamar de sangre, en los matorrales de una hacienda en Coche.

Con Guzmán Blanco se consumó la mayor pérdida de territorio del país en toda su historia y se saqueó como nunca (proporcionalmente, de manera no superada ni antes ni después) el erario público a favor del patrimonio particular de un tirano; del tirano más corrompido, bufonesco e inclemente que, por ahora, ha tenido la atormentada historia venezolana. (Hemos tenido muchos tiranos primitivos; Guzmán resulta históricamente más culpable, porque era más culto). Rafael Caldera (*Los causahabientes. De Carabobo a Puntofijo*, Caracas, 1999) dice, sin embargo, que está bien llevado al Panteón. Personalmente, lamento que comparta los honores

del cofre donde la Patria guarda el recuerdo de sus grandes amores (Andrés Eloy Blanco) con dos de mis cuartos abuelos (Lino de Clemente y José Rafael Revenga).

El tiempo posterior a la Guerra Federal, en el último tercio del siglo XX venezolano, es el reflejo de la postración histórica de nuestra comunidad, involucionada por la violencia bélica al primitivismo de la horda. Y sobre la nación exhausta se impuso la egolatría ladrona. El *Septenio*, el *Quinquenio*, la *Aclamación*. Luego, lo que Mijares llama el *guzmancismo sin Guzmán*, que, presentando como figura aristada al último caudillo llanero, Joaquín Crespo, se extiende, entre grandilocuencias y trapisondas del *Gran Partido Liberal Amarillo*, júbilo de las logias y enredos rabulescos, hasta 1899. Para la larga senda picaresca de los dos Guzmánes (la demagogia, intrigante y atizadora de violencias, el padre; la fatuidad delirante y deshonesto, el hijo) véase la biografía histórica de Ramón Díaz Sánchez, *Guzmán, eclipse de una ambición de poder*. (Se ha llegado a justificar en trabajos académicos sobre Guzmán, hasta el gigantesco peculado, con el peregrino argumento de que el tirano obtuvo para muchos de sus robos el visto bueno del Congreso, como si no se supiera que Guzmán Blanco nombraba a dedo a cada uno de los integrantes del Congreso de su tiempo; y que éstos daban visos de legalidad, en todo campo, a cualquiera de los caprichos del que se hizo llamar *Ilustre Americano* y otras mil sandeces, además de hacerse construir estatuas que resultaron grotesco testimonio del impuesto culto a su personalidad). Crespo y Guzmán Blanco mueren en 1899, uno en la Mata Carmelera (¿de dónde salió el disparo?) y otro en París.

Guzmán Blanco representa la maroma histórica y el afrancesamiento de la oligarquía. Si Guzmán se encaramó y se mantuvo sobre un país sin resortes morales ni casi memoria de instituciones civiles después de la Guerra Federal, la monotonera que baja de las montañas occidentales a fines del siglo XIX arrebatará el poder a una sociedad sin rehacer o, después de Guzmán Blanco, moralmente más desecha. (Hago mía la opinión epistolar, en tal sentido, de Gil Fortoul). Es imposible el coraje político donde falta el soporte de la rectitud moral. Desde el Occidente lejano, pues, bajaron los andinos. La aventura de *Los Sesenta* mostró cómo, sin ganar peleas decisivas hasta Tocuyito, sin consolidar territorio, un grupo audaz (o al menos seguidor de un audaz, de un personaje pequeño de estatura, mirada penetrante, bigote y barba de pe-

rilla, gestos teatrales, delirante y retórico, dotado de coraje físico, bailarín, mujeriego y prepotente) podía hacerse con el poder sin encontrar mayor resistencia.

Llegaron, pues, los andinos, *los chácharos* (como los llamó despectivamente el habitante de la capital), para hacer prácticamente al siglo XX un siglo de hegemonía andina, y, más específicamente tachirenses. Castro (1899-1908) y Gómez (1908-1935) representan el final de las guerras civiles. Para el entronque del final del guzmancismo con el castrismo, allí está el libro de Ramón J. Velásquez, *La caída del Liberalismo Amarillo. (Tiempo y drama de Antonio Paredes)*. Para los años de Castro, allí está el ensayo de Mariano Picón Salas, *Los Días de Cipriano Castro*.

*Gómez Único*, fue la consigna de Ezequiel Vivas, que tuvo una terrible vigencia histórica de 27 años. Es el epílogo de la Venezuela campesina. Casi toda la oligarquía central (caraqueña y valenciana) se entregó primero a Castro y después a Gómez.

Pero Gómez no gobernó con un estamento castrense que, profesionalmente, no existía. La dictadura gomecista emprende, con la Misión Militar Chilena presidida por el Coronel Mac Gil, la reinstitucionalización de las Fuerzas Armadas. Desaparecidos los *partidos armados* del XIX, Gómez unifica el Ejército, refunda la Escuela Militar e impulsa la configuración moderna de la Armada y la Aviación. Su intención primigenia no era tanto la modernización institucional del estamento militar, sino hacer de las fuerzas armadas su factor permanente de poder. Para ello, no permitió jamás la política en los cuarteles. Gómez era el poder; y la política la hacían quienes le servían en una administración pública casi inexistente, como casi inexistente era el Estado. La política gomera la hicieron *los doctores* de la segunda generación positivista. Entre ellos, buscó los que consideró más capaces; y los puso a su servicio. Para esa intelectualidad positivista no resultó forzado colaborar con la tiranía: era ya un hábito adquirido, para *la crème de la crème* de la intelectualidad positivista, desde el guzmancismo.

### **El complejo anticivilista y la inercia antidemocrática del pretorianismo criollo.**

Lo que de asentamiento tuvo en la vida republicana la tiranía de Gómez, fue, pues, aporte de civiles, no de militares. Ni Arcaya, ni Vallenilla Lanz, ni Gil Fortoul, (por mencionar sólo tres, a modo de ejemplo) eran militares. La intuición zamorra de Gómez le hizo ver que si deseaba tener sin la división que la política naturalmente implica la institución armada, que estaba refundando bajo su servicio (que se confundía con el del Estado, porque, más que Luis XIV, Gómez pudo decir, respecto a la Venezuela de su tiempo, *el Estado soy yo*), debía mantenerla al margen del debate sobre la cosa pública que incluso en los regímenes dictatoriales o totalitarios es imposible evitar.

La discusión y la confusión generada por el apabullamiento inicial del chavismo ha permitido, sin embargo, la afloración de criterios históricos harto *sui generis* que el civilismo democrático, por ingenuidad o ceguera, no había percibido durante largas décadas. Me refiero al reduccionismo militarista que importantes figuras han hecho patente como expresión de un imaginario colectivo de todo el estamento castrense. Para muestra un botón. Cito seguidamente a Fernando Ochoa Antich, General de División del Ejército, actualmente en condición de retiro. Fue Ministro de la defensa en el gobierno de CAP II. Ocupaba tal cartera el 4F 92. Luego fue Ministro de Relaciones Exteriores en el gabinete del Presidente R. J. Velásquez y Embajador de Venezuela en México en el gobierno de Caldera II. Son palabras tomadas de su trabajo *Las Fuerzas Armadas en un Estado Democrático*. El mismo fue leído en un Seminario de IFEDEC y publicado en el número 69-70 de *Nueva Política* (Caracas, enero 2000).

Hablando de la modernización del sector militar venezolano escribe Ochoa: “El enfrentamiento existente durante esos años [previos al 18 de octubre del 45] entre militares de campaña y de academia, fue creando una cohesión interna muy importante entre los oficiales jóvenes que sentían gran orgullo por su mayor capacidad y cultura militar. A partir de ese momento, pudiéndose decir que para siempre, las academias militares fueron creando un conjunto de valores en los oficiales, en el cual resaltan de manera particular el orgullo de sentirse profesionales de las armas; **la convicción de que los militares tienen un compromiso con el Estado que los obliga a jugar un papel tutelar en la sociedad;**

**su sentido de grupo; el criterio meritocrático; y ciertas tradiciones que buscan fortalecer la cohesión interna y el liderazgo institucional**". [El resaltado en negrillas es mío. JRI].

Después de decir que las relaciones entre el poder civil y el estamento militar "permanentemente estuvieron signadas por un grave grado de desconfianza" no vacila en añadir las siguientes palabras: "La alianza antihistórica de un partido popular y unas fuerzas armadas conservadoras, surgida durante los acontecimientos de 1945, condujo a la ruptura institucional del 24 de noviembre de 1948. Ese enfrentamiento amplió gravemente la ya marcada separación existente entre el estamento militar y la sociedad civil, producto de la dictadura gomecista. **El fracaso político de Marcos Pérez Jiménez, la división interna de las Fuerzas Armadas y la unidad de los sectores civiles, crearon las condiciones propicias para la derrota de las Fuerzas Armadas el 23 de enero de 1958. El acceso de Rómulo Betancourt a la Presidencia de la República y el fortalecimiento de la democracia generó en los cuadros de las Fuerzas Armadas un profundo resentimiento, producto de la pérdida del poder, que no logró ser superado durante los cuarenta años de régimen puntofijista. Siempre existió un sentimiento de rebeldía que buscaba limitar la subordinación del estamento militar al poder civil.** Cada pequeña crisis de opinión conducía a una conspiración que no tenía éxito debido al escape de tensiones que producían las campañas electorales y la alternabilidad republicana". [El resaltado en negrillas es, también, mío. JRI]

Me abstengo aquí de cualquier glosa mayor de los textos citados. Es bueno saber que ese es el enfoque de la mentalidad militar. No es que el enfoque en sí sea novedoso. Lo novedoso es conocer que fue y es aceptado como visión estamental. Si ello es así, **la fuerza armada** (en singular unitario y compacto, como reza la novedosísima y bolivarianísima Constitución de 1999), resulta no sólo protagonista sino responsable **como institución** de esta hora menguada de la República. Porque no se puede pretender jugar al goce del poder o al tutelaje del poder, siempre en condición de privilegio societario al margen de todo control efectivo, en democracia, autoritarismo o dictadura, sin saber ni aceptar que ello lleva sus consecuencias por las responsabilidades que se asumen o que objetivamente pueden hacerse recaer sobre quien asume o quienes asumen tales funciones.

El liderazgo civil debe plantearse, desde ahora, para el futuro, para cuando ello sea viable, la reconsideración crítica del estamento militar: su dimensión, estructura y composición; y las estrictas funciones republicanas de ese mal necesario que, al parecer, dando fe al testimonio de uno de sus más destacados exponentes, resulta la institución castrense. Porque la concepción de una **democracia tutelada**, es decir, sometida *a priori* a una *capitisdeminutio* institucional que supone que la sociedad venezolana debe someterse, por principio, al *diktat* de la institución armada, resulta absolutamente inaceptable, por ser una tesis *contra natura*; por suponer que la peor epidemia de nuestra historia republicana, en lugar de corregirse, debe prolongarse *sine die*.

### **Las luces de esperanza. La *doxa* civilista en la afirmación republicana de la Patria**

Dentro de la siembra cultural del positivismo criollo surgieron los defensores teóricos y prácticos de nuestras dictaduras. La soledad o el testimonio de autenticidad y coraje civilista, casi aislados, tipifican el comienzo del siglo XX. En aquella oscuridad hubo tímidas luces, cocuyos de esperanza. Allí están, para demostrarlo, el joven Rómulo Gallegos, redactor puntilloso, fino, burilista, de *La Alborada*; el joven y rebelde César Zumeta, redactor lúcido sobre temas hispanoamericanos, desde Nueva York (más que el Zumeta maduro y pesimista de *El Continente Enfermo*, ya plegado resignadamente al servicio de las autocracias que antes combatiera); el joven José Rafael Pocaterra -uno de los más brillantes prosistas del siglo XX venezolano-, de las *Cartas Hiperbóreas* y las *Memorias de un Venezolano de la Decadencia*; el joven Andrés Eloy Blanco, de los *Poemas Continentales* y de *Poda*. En ellos y en otros que reúno en ellos, por vía de ejemplo, puede hallarse, en medio de la tragedia de nuestro proceso incivil y de aniquilación de la institucionalidad republicana y de la conciencia ciudadana, la expresión vigorosa, excepcional, de un brillante e incontaminado anhelo hacia la más cabal y extendida democratización de nuestro existir republicano.

Había que atreverse a soñar, a pesar de que el medio fuera adverso; o romper con el medio, casi como medida extrema de supervivencia. El joven Picón Salas emigra a Chile cuando entiende que la intelectualidad que cree en la cultura de la libertad y requiere para vivir de la libertad de la cultura, en un régimen como el de Gómez, sólo tiene como destino la

degradación política, o la falsa y letal evasión del alcohol, o las ergástulas de muerte. Un espíritu rebelde como el del joven Pedro María Morantes (Pío Gil) saldrá hacia Europa para descargar desde allí, una y otra vez, su bilis panfletaria, su desollado amor a Venezuela, contra los tiranos que eran sus paisanos.

Sin democratización efectiva no era viable la urdimbre polifacética de la sociedad civil. La amplia democratización tuvo que esperar, para hacerse viable, más de medio siglo con la formación y consolidación de organizaciones políticas populares de rango ideológico. Todas ellas nacidas de la Universidad, en un país que en 1936 tenía cerca de un 70 % de analfabetismo y que en 1958 exhibía todavía un 50 % de sus ciudadanos en tan lamentable estado. La *intelligentsia* civilista democrática con vocación política (a diferencia de la *intelligentsia* positivista hipotéticamente *apolítica*, que sirvió de escabel a todas las dictaduras, desde Guzmán a Pérez Jiménez, pasando, por supuesto, por Castro y Gómez) concibió, gestó, alumbró, nutrió y arropó el sueño de una Patria civil, civilista y civilizada. La democratización institucionalizada no es un parto pretoriano; es un esforzado cultivo civilista.

La *doxa* civilista en la afirmación republicana de la Patria viene desde Bello y Roscio. Se extiende en personajes tan disímiles como el apasionado y atormentado Juan Vicente González (tábano contra Guzmán padre); continúa con el coraje y la dignidad de un Fermín Toro (paradigma de la rectitud política y de la fuerza moral contra la autocracia criminal y pandillera de Monagas); se prolonga en la serena inteligencia magisterial de Cecilio Acosta, (insobornable en su afirmación de dignidad civil, primero contra la criminalidad de los Monagas y, luego, contra la felonía hecha poder de Guzmán hijo) o en el verso sin cadenas de J. A. Pérez Bonalde (también contra la dictadura sectaria, excluyente y saqueadora de Guzmán Blanco).

Sobre la real influencia de Simón Rodríguez en la educación de Bolívar, (escasa, contra lo que por inercia repite la ficción ahistórica y cierta ignorancia pretoriana) remito al excelente estudio de Manuel Pérez Vila, *La formación Intelectual del Libertador*, publicado primero como *Introducción* a la edición crítica de las *Obras Completas* (que al no ser continuada la paciente tarea de Pedro Grases y Pérez Vila está detenida en Jamaica, 1815); y, luego, como volumen aparte. Digo esto respecto a

quienes totemizan a Simón Rodríguez. Y, aparte de Simón Rodríguez, poco más, porque, con una cabriola pintoresca, algunos de esos se plantan en la Guerra Federal, para exaltar a Zamora. (Cabriola que recuerda ciertos *slogans* pintorescos de la última etapa de aquel caos que en China fue la Revolución Cultural, desatada por Mao Ze Dong, como cuando proclamaban, a mediados de los 70 del siglo pasado, una y otra vez, hasta el embrutecimiento, la *campaña de crítica revolucionaria contra Lin Piao, Confucio y Mencio*). Y, en todo caso, si a ver vamos, *gratia arguendi*, ni siquiera Simón Rodríguez era militar, sino todo lo contrario.

La *doxa* republicana no es cuartelera, es universitaria; no es pretoriana, es civil, civilista y civilizada. La *doxa* civilista en la afirmación republicana de la Patria siempre ha encontrado en la auténtica *Universitas* (no en el engendro clientelar de las izquierdas de los 60, también ellas militarizadas, cambiando, según Marx, *las armas de la crítica por la crítica de las armas*, con ebriedad de violencia y aventuras) refugio bueno. Baste recordar 1928 y el discurso de Jóvito Villalba en el Panteón. Baste recordar la alborada de la insurgencia civil del 57 contra la dictadura militar de Pérez Jiménez, adelantada por la juventud universitaria y respaldada por los profesores. Nunca el pretorianismo ha hecho suya la auténtica y mejor causa de *la casa que vence las sombras*, para decirlo con las poéticas palabras del himno de la Universidad Central.

Por eso el renacer del sueño civilista debe tender de veras la sociedad civil y la sociedad política, en una Patria en la cual pareciera actualmente que el envilecimiento colectivo lleva a la pérdida del sentido de comunidad y la disgregación republicana; en una Patria cuya dinámica conduce al sin sentido de, una y otra vez, buscar el facilismo o el caudillismo mágico o el fantasma del tirano militar, el rebenque del capataz para signar la regresión de la comunidad a rebaño aturdido; el renacer del sueño civilista, digo, impone de nuevo la labranza, en la Universidad, de una *intelligentsia* diferente de aquella que prostituyó, desde los 60, el marxismo universitario (con sus sectarismos y exclusiones, con sus militarismos políticos de vanguardia y retaguardia), mediante una siembra sin pausa en los cauces de las nuevas promociones. Ellas heredarán el desafío al cual nosotros, los integrantes de la Generación del 58, quisimos, pero no supimos o no pudimos responder con grandeza.

## De Italia a Venezuela. Las palabras de Aldo Moro para la reflexión sobre la crisis de la República de Punto Fijo

Voy a dejar, para su reposado análisis, una larga cita. Es de un discurso de Aldo Moro en Montecitorio, la Cámara de Diputados de la República Italiana. Donde dice *Italia* puede poner el amigo lector *Venezuela*. Fue un discurso pronunciado el 2 de diciembre de 1974, hace casi 30 años. Me parece que esas palabras alimentan la fértil reflexión sobre nuestro pasado inmediato y sobre la crítica y desalentada coyuntura actual. Luego que el verbo ácido de Laureano Vallenilla Lanz, hijo, se refiriera (en su columna *R.H.*, en *El Heraldo*) al llamado *trienio adeco* (1945-48) diciendo que tuvo *algo de República Española* y *mucho de incompetencia*, pudiera decirse del lamentable presente que posee *algo de sandinismo nigaragüense* y *mucho de lumpen militariat*. Llegamos a él por un proceso inarmónico y con defectos patentes, con alguna analogía al descrito por Moro, quien pagaría con su sangre su afirmación democrática y su vocación de dignidad republicana; algo que no pudieron, ni pueden, ni podrán entender jamás *El Chacal*, los terroristas de las Brigadas Rojas que asesinaron a Moro, ni los insólitos (por no decir cínicos) defensores actuales de *El Chacal*. Aquí va, sin glosas, el texto de Moro que fue recogido para su publicación bajo el título *En el crecer y también del crecer se puede morir* (*Nel crescere e anche del crescere si può morire*).

*“Existe una desproporción, una desarmonía, una incoherencia entre la sociedad civil, rica en expresiones y articulaciones, y la sociedad política; entre el conjunto de las exigencias en su modo natural e inmediato de manifestarse, y el sistema dispuesto a hacerles frente y a satisfacerlas.*

*Las aspiraciones de los ciudadanos emergen y se afirman más velozmente que la formación de los recursos económicos y el perfeccionamiento de los instrumentos legislativos. Viejas injusticias no han sido aún reparadas. No sólo es débil e intermitente nuestra economía, sino también es discontinua la vida social en su mismo impetuoso florecer. La vida política luce cansada y resulta una síntesis inadecuada (y a veces diera la impresión que impotente) del conjunto económico-social del país.*

*No digo todo esto para desalentar, sino, al contrario, para que se multipliquen las energías y se preste la mayor atención, no sólo sobre un punto, sino sobre todos, donde quiera que exista algo que no va o*

*una institución que no alcanza a cumplir cabalmente su cometido.*

*Hay una confusión entre poderes, en el sentido más amplio de la expresión. Una multiplicidad de centros de comando se ha constituido, en efecto, a veces con el resultado de paralizarse mutuamente, sin alcanzar a contener y canalizar la incandescente materia social. El Parlamento, el Gobierno, la Corte Constitucional, la Magistratura, la Administración, realizan un gran esfuerzo y merecen nuestro respeto. Pero no deja de ser cierto por ello que un malestar profundo impide –ya por un no remediado defecto de estructura, ya por la aspereza de la materia que es necesario dominar y ordenar- el movimiento al unísono en un Estado democrático, unido y eficiente.*

*La incertidumbre, la confusión, el desorden, la inercia, aunque cada uno tenga su propia explicación y su propia justificación, dan al conjunto el sentido de una general impotencia para hacer frente a cosas muy difíciles o desproporcionadas para reorientarlo todo eficazmente.*

*A todo esto se debe poner remedio atendiendo, más que a los efectos, a las causas próximas y remotas. Es con tal enfoque que debe ser restaurada nuestra economía en un nuevo orden más verdadero y más humano.*

*No es un lugar común o un expediente dialéctico decir que todo esto es un hecho de crecimiento. El crecimiento, realizándose, toca los datos económicos, genera problemas y pone en crisis estructuras superadas; envuelve en una objetiva acusación de ineficacia quizá incluso hasta los sindicatos, y, ciertamente, al gobierno, a los partidos y al mismo Parlamento; deja insatisfechos a los ciudadanos, que se sienten, más que representados, traicionados y abandonados por el poder.*

*Sin duda se trata de un crecimiento. Esta Italia desordenada y desarmónica es, sin embargo, infinitamente más rica y viva que la Italia más o menos bien asentada del pasado. Pero este es un pequeño consuelo, porque también en el crecer y del crecer se puede morir.*

*Pero nosotros estamos aquí para que Italia viva. Y no como un Estado de gráciles estructuras económicas y políticas, sino como un gran país, moderno y civil, que haya encontrado el justo ritmo entre el desarrollo económico y social y el progreso institucional y político. Para alcanzar meta tan elevada es necesario que todos, gobierno y pueblo, estemos ligados de manera real y perdurable, de forma profunda y solidaria.*

*Ello no significa interrumpir, ni siquiera por un instante, la normal dialéctica política y parlamentaria, sino hacer frente a la emergencia; a la riesgosa pero siempre fascinante aventura de nuestro*

*desarrollo, con el sentido vivo de unidad de pueblo, con la disponibilidad para afrontar sacrificios eficaces y justamente proporcionados, con una llamada severa que ponga en movimiento a las instituciones y les otorgue su ritmo adecuado.*

*Sin una conciencia semejante, sin una semejante dedicación al bien común en el momento de peligro, sin esta actitud exigente, y si aumenta más aún la falta de comprensión y sintonía entre nosotros y ustedes, entre gobierno y pueblo, estamos derrotados desde el comienzo.*

*En circunstancias como estas, en las cuales domina el espíritu de separación, gobernar, es decir, emprender cualquier cosa que el país necesite, sin que así se conozca y se quiera llegar, cueste lo que cueste, a la salvación, es, diría, técnicamente imposible y dramáticamente inútil. Pero yo me niego a creer que sea esta la verdadera posición del pueblo italiano en este momento”.*

### **Naturaleza y cometido de la oposición**

Una reflexión sobre la naturaleza y cometido de la oposición necesariamente se impone, luego de ver la continuidad operativa de un proyecto no democrático. Hay una hemorragia de inmediatismo, de visión de árboles que no de bosques, mucha angustia por actuar y no saber cómo. El drama del Weimar criollo es la falta de consistencia ética y política de una sociedad minada en sus capas dirigentes por el hedonismo y el individualismo egoísta. Lo que algunos escribimos tiene como finalidad, además de la incierta posibilidad de nutrir de principios a grupos coherentes y capaces de actuar en el presente, alimentar a una *intelligentsia* de relevo cuya aparición histórica nadie puede predecir con exactitud.

Es conveniente y necesario que exista oposición. Es necesario estructurar la oposición política, como alternativa real histórica. Los partidos democráticos de raigambre ideológica y corte europeo a los cuales se debe la modernización de la política venezolana están tan disminuidos o dispersos que lucen, todos, amenazados más que por el morbo tradicional de la división (por apetencias personales o de grupo), por esa especie de leucemia de los organismos políticos que es la disolución. Si se prefiriera una imagen menos médica y más ambientalista, diría que al lucir secadas sus fuentes por fenómenos indeseables, el cauce, en una sequía terrible, parece condenado a una evaporación total o cuasi total. Quiera Dios que los cauces resecos no recuperen su caudal con un torrente de lágrimas.

Lo primero que hay que decir es que, políticamente, las oposiciones se constituyen por contraposición a los gobiernos. Las mayorías eligen los gobiernos (cuando hay elecciones libres y democráticas). Pero esa elección de las mayorías no confiere a los gobernantes una credencial reconocida *erga omnes* de capacidad gerencial, de sabiduría política, de honestidad administrativa, de prudencia gubernativa. Muchas veces, en la decadencia de la política provocada por la simplificación de los *mass media*, al ser las justas electorales campo típico para el ejercicio de la manipulación, el *star system* conduce a la elección abrumadora de los coyunturalmente más atractivos que son, a menudo, los más incapaces.

Una oposición que de veras sea tal, debe hacer todo lo posible porque el gobierno no malgobierne. Para eso, tiene las armas de la crítica y las capacidades de su acción directa. En ninguna parte el gobierno dicta a la oposición un manual de buena conducta. Eso sólo se daba en las oposiciones cosméticas –debidamente toleradas, en cuanto *longa manus* del poder omnipresente– en los sistemas totalitarios de las mal llamadas *democracias populares*, de estirpe staliniana

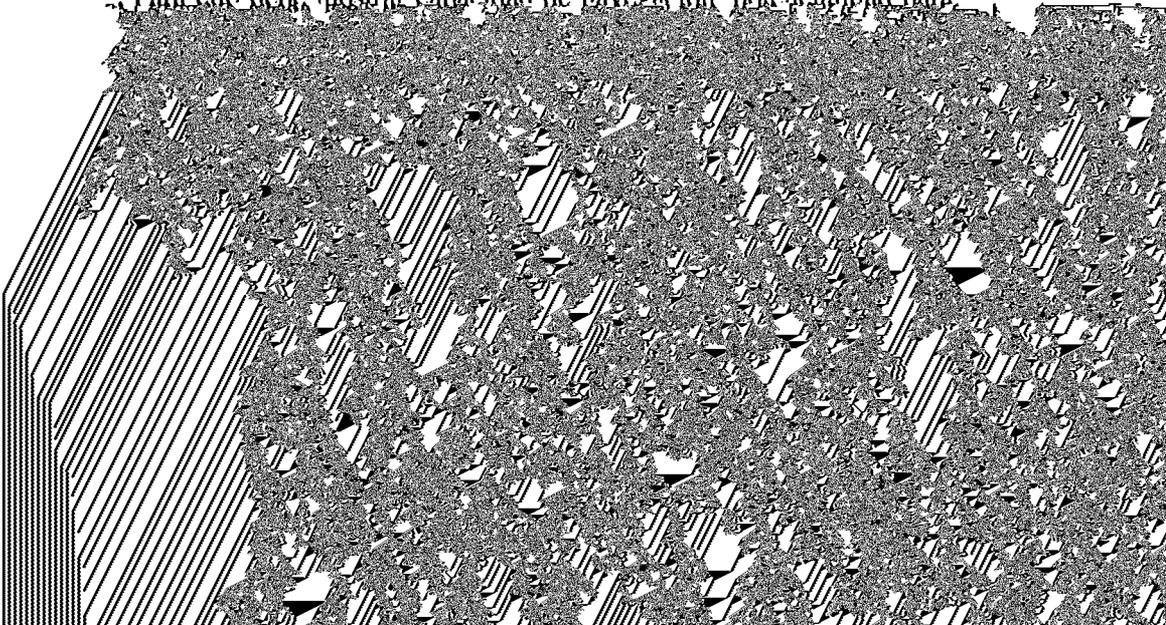
“Las oposiciones –dice Gianfranco Pasquino (*La oposición*, Madrid, 1998)– han de contender con el gobierno en materia de reglas y en materia de política. Serán absolutamente intransigentes cuando el gobierno se proponga establecer reglas que destruyan la posibilidad misma de la alternancia. En cuanto a las políticas, las oposiciones serán críticas de los contenidos que propone el gobierno y propositivas de contenidos distintos, pero también conciliadoras cuando existan espacios de intervención, mediación, colaboración y mejoras recíprocas”.

Así como cada país, según reza un dicho popular, tiene el gobierno que se merece; también tiene la oposición que se merece. Una sociedad, en efecto, no está en capacidad de dar lo que no tiene. Y de la misma manera que un gobierno no debe ni puede pedir permiso para gobernar, una oposición no puede esperar –y menos de un gobierno de clara rectoría cínica política– una especie de previa autorización de los gobernantes para comportarse como oposición.

Las reglas de la oposición las fija la oposición misma, no el gobierno. Pensar lo contrario es juzgar con mentalidad de cipayos. Actuar

en contra de tan elemental principio, supone actuar con una voluntad esclava. Oposición que no está permanentemente en la tarea política de crítica al gobierno es una oposición que terminará por carecer de diagnóstico para actuar, en cuanto habrá hecho dejación de su obligación de tomar constantemente el pulso de la gestión de gobierno.

La oposición debe saber que su tarea no es fácil. Sobre todo en el comienzo de los procesos de encantamiento popular, cuando el alma de la nación luce como secuestrada por la audacia, el aventurerismo, el gangsterismo, la felonía o el cinismo, puede hacerse socialmente más patente *la fascinación del poder* y lucir el esfuerzo opositor aislado y sin eco. Y más necesario resulta, entonces, responder al mandato opositor responsablemente. Se trata de ver más allá de las tapias del jardín propio o ajeno. Se trata de mirar al tiempo histórico con noción de lo que significan los términos *mediano y largo plazo*. La oposición tiene que arriesgarse a salir a navegar a un imprevisible mar. Debe tener, sin duda, la carta de navegación que dan los principios y el conocimiento de la verdad histórica y la contundencia de la crítica a los errores objetivos del gobierno. Pero el gobierno puede desatar la galerna sobre quienes pretendan desconocer su pretendido monopolio de navegación en aguas que considera vetadas para sus adversarios. Si la oposición no se arriesga a esa navegación de altura resultará confinada e impotente (y nunca segura) en su anclaje de puertos insalubres (como son siempre los de la oposición). La oposición debe salir a navegar –a hacer oposición– para llegar a buen puerto –al gobierno–. Para ello debe mostrar capacidad de navegación, potencialidad para



## SOBRE LA SOCIEDAD CIVIL Y LA OPOSICIÓN POLÍTICA

Se dice, con reiteración cansona que *no hay oposición*. El problema, a mi entender, no es tanto de cantidad como de calidad. Algunos no asistimos a los variados cenáculos del *primadonnismo* porque consideramos que en ellos se habla mucho, se desconfía más, se pierde mucho tiempo y se hace más bien poco. Falta cantidad de opositores, sin

debe. Pero no por falta de calidad de ellos. Calidad ótica y política

pupila volteada hacia el pasado y reabriendo siempre quién sabe cuántas heridas. Porque, como él escribiera (en *El otro, el mismo*)

“(…) Ya no hay una  
Luna que no sea reflejo del pasado,  
Cristal de soledad, sol de agonías”.

Si el ayer no vuelve, conviene conocerlo, pero no pretender que sus orfebres (si es que fueron tales) sean, también los artistas de las joyas históricas del tiempo por venir. Y se requiere grandeza más que coraje para no tomar como herencia, como patrimonio propio, las cuentas, las miserias, las pequeñeces de quienes nos precedieron. Así ellos consideren que su periplo vital es un aporte de grandeza del cual necesariamente se tendrá que partir. Para el mañana, pienso, deberá tomarse el ayer a beneficio de inventario. Y recordemos que (también lo dijo Borges)

“(…) no basta ser valientes  
Para aprender el arte del olvido”.

### **La vorágine del criticismo**

La crítica opositora no puede ser un criticismo que se agote en la negación del desgobierno. Debe proponer su planteamiento alternativo. Proponer un planteamiento alternativo no es formular las políticas que el gobierno debe ofrecer e intentar ejecutar en el ejercicio de la función para la cual fue elegido por la voluntad popular. Lo peor que puede ocurrir a una oposición es comportarse con complejo de gobierno bastardo. Porque entonces actúa de una manera oscura: como un gobierno que, en realidad, no es tal, sino antigobierno. Y como dijera, en frase a menudo recordada en predios socialcristianos, Luis Herrera Campíns, *oposición que no hace oposición sigue en la oposición*.

Sin embargo, la oposición política debe evitar los tremedales de la autodegradación que, en el ámbito de la crítica literaria, denunciara hace algunos años Guillermo Sucre en la hoy desaparecida revista de Octavio Paz (cfr. *Los cuadernos de la cordura*, en *Vuelta*, 197, abril 1993).

“Ahora -escribía Sucre- no se dilucida nada sino que todo se inculmina. Hay un descaro tal en el lenguaje que sólo es imaginable en

mentes despiadadas o viles, o demasiado estúpidas. Con palabra escandalosa, sin embargo, son muchos los que han ido adquiriendo notoriedad; aún se enriquecen y prosperan". Y añadía: "También es posible decir que ya no hay verdaderos homenajes: la palabra del reconocimiento no puede ser la del rastro y pretencioso halago. Entre la insolencia y el servilismo, ¿dónde ha quedado en Venezuela el sitio para la palabra viril?".

Citaba, entonces, a Camus, en referencia a la prensa carroñera (igual podría hoy extenderse eso a los restantes *mass media*): "Una sociedad que soporta ser entretenida por una prensa deshonrosa y por un millar de bufones cínicos, corre a la esclavitud pese a la protesta de aquellos mismos que la degradan".

En su artículo ponía Sucre frases que mentalmente uno aplica hoy a ciertos corifeos del poder establecido: "Hacen ver que son fuertes, sabios, incorruptibles. No les creamos mucho. Nunca han tenido que luchar o sacrificarse por nada, mucho menos por la verdad. Héroe de mentirijillas, un buen soplo -¿de dónde vendrá?- los borraría a todos con sólo ser de aire puro".

El simplismo adulante dirá que ese *aire puro* fue el de la conspiración militar que acabó con el satanizado *puntofijismo*. Si en los partidos base del sistema desplazado había mucho de ambiente contaminado, el pretorianismo mezclado con izquierda cavernícola no ha sido, no, el *aire puro*: ha resultado otra forma, peor que la anterior, de contaminación. Venezuela, la República de ciudadanos, no se construirá con el regreso a los viejos vicios; y mucho menos entronizando los nuevos con la falsa etiqueta de virtudes. Los vicios de ayer causaron los vicios de hoy. Las mentiras de ayer causaron las mentiras de hoy. Y lo que la Patria necesita no son vicios viejos o nuevos; mentiras viejas o nuevas. Lo que la Patria de veras necesita es la fortaleza virtuosa que los helenos llamaron *areté* ciudadana y los cristianos rectitud ética; y la decisión de *vivir en la verdad*, personal y colectivamente. Hoy, en medio del turbión, seguimos necesitando, más que nunca, del *buen soplo de aire puro*. Porque, si a considerar vamos poéticamente el decurso previsible de los años de vigencia del régimen actual, podríamos anticipadamente definirlos, con palabras de T. S. Eliot (*Tierra Baldía*, 1922), como "marchitados muñones del tiempo".

Caracas, febrero 2000.

LUIS FRAGA PITTALUGA

# **CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL REGIMEN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN LA LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES**

Por:

**LUIS FRAGA PITTALUGA**

Profesor de postgrado en la Universidad Católica del Táchira  
Ex-Director del Contencioso Administrativo en la Procuraduría  
General de la República

Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo

## **INTRODUCCION**

La nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones supone un cambio radical en el régimen legal de esta importante actividad, que se proyecta como la de mayor crecimiento y productividad en el corto, mediano y largo plazo en nuestro país. Entre muchos otros cambios, el nuevo régimen tiene una característica que nos interesa particularmente destacar a los fines de nuestro análisis y es el hecho trascendental de que las telecomunicaciones han dejado de ser consideradas una actividad privativa del Estado, a la cual sólo podían acceder los particulares mediante el régimen de la concesión administrativa de servicio público.

Ahora, las telecomunicaciones son una actividad de interés general que será desarrollada por los particulares en un régimen de libre competencia, a través de las habilitaciones y concesiones administrativas, según sea el caso, bajo la vigilancia y control del Estado y por esa razón, el control administrativo y el régimen de infracciones y sanciones administrativas, cobran una relevancia fundamental.

En este sentido tenemos que la nueva Ley dedica un capítulo especial a las infracciones administrativas y a las sanciones de la misma naturaleza que pueden ser impuestas por el ente regulador. Se trata de una tipificación bastante extensa de infracciones administrativas y de la consagración de sanciones que, en algunos casos, podrían considerarse bastante severas, incluso podría decirse excesivas.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS SANCIONES  
ADMINISTRATIVAS EN LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

Pero la Ley no sólo prevé los hechos ilícitos administrativos que dan lugar a las sanciones correspondientes, sino que contiene un procedimiento administrativo especial para su imposición y unos principios generales que orientan el ejercicio de la potestad sancionatoria, además de consagrar una suerte de medidas cautelares cuyo propósito es asegurar que el referido procedimiento sancionatorio tenga un resultado útil. En un capítulo aparte, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones también contiene una regulación de las *sanciones penales* aplicables a los *delitos* previstos en la misma.

En estas breves notas sobre el régimen sancionatorio de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, vamos a comenzar por hacer algunas reflexiones introductorias sobre las sanciones administrativas en general (concepto, presupuestos, naturaleza jurídica, distinción con figuras afines y principios generales que orientan su aplicación), para luego concentrarnos en el análisis de las sanciones de esta naturaleza previstas en la LOT. En cuanto a las sanciones penales, declinamos analizarlas en este trabajo pues esta es una materia cuyo estudio escapa totalmente de la aproximación que nos permite el Derecho Administrativo, siendo su cabal desarrollo únicamente posible desde la perspectiva que ofrece el Derecho Penal.

# I

## CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

### 1.1.- Concepto

Siendo las telecomunicaciones una materia de interés general, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Orgánica Telecomunicaciones (en adelante LOT), es lógico que el Estado tenga sobre la misma la facultad de reglamentar la actividad de los particulares con el objeto de asegurar el mantenimiento del orden público<sup>1</sup>, es decir, de ejercer la potestad<sup>2</sup> de policía administrativa.

Una de las manifestaciones más importantes de este poder de policía administrativa se produce a través del ejercicio de la potestad sancionatoria<sup>3</sup>, esto es, de aquella actividad administrativa que encuentra

<sup>1</sup> LAUBADERE, A.-VENEZIA, J.C.-GAUDEMET, Y. *Traité de droit administratif*. L.G.D.J. París, 1996, T. I, p.789.

<sup>2</sup> Se ha definido el poder público como el poder de creación e imposición unilateral de obligaciones y derechos. Dentro de él, como una de sus claves o categorías está el poder administrativo que constituye un poder no soberano, vinculado a la ley, controlado por los jueces en todas sus manifestaciones y otorgado para la consecución de fines específicos de interés público en toda su variedad. Ahora bien, este poder no se manifiesta en bloque, sino parcelado, distribuido en el conjunto de los órganos que integran el aparato organizativo del Estado, y otorgado en ocasiones a centros o entidades que están fuera de él. Entonces, la potestad pública es la dosis de poder administrativo con que se dota a cada ente y que está vinculada y limitada por su competencia específica, a la realización de una misión de organización, defensa y gestión de un sector de los intereses públicos (*munus publicum*). Las potestades administrativas son una clase de las potestades públicas. Se trata de poderes reconocidos por el derecho. Se ha dicho que una sociedad se organiza en Estado tan pronto consigue el fundamental dato de la objetivación e institucionalización del poder que le mantiene unida; y se transforma en Estado de Derecho a través de la fragmentación y redistribución del poder permitida por la Constitución (DE LA CUETARA, J.M. *Las potestades Administrativas*. Tecnos, Madrid, 1986, p.13 y ss.). De acuerdo con la jurisprudencia, las potestades administrativas son Facultades coercitivas destinadas al mantenimiento de los bienes jurídicos que les han sido confiados (a los entes del poder público), las cuales son de ejercicio obligatorio e indelegable y que resultan idóneas para incidir sobre la esfera de los derechos de los sujetos sometidos a su ámbito geográfico, a través de las actuaciones de la más variada índole (Cf. S. CSJ/SP, 02.10.97, *Alcaldesa del Municipio el Hatillo vs. Ley Orgánica sobre Emolumentos y Jubilaciones de Altos Funcionarios de las Entidades Federales.*)

<sup>3</sup> "La actividad de policía administrativa puede, ciertamente, suponer la imposición de sanciones por parte de la Administración. En este ámbito, la aplicación de los principios desarrollados a la Luz del derecho Penal a la actividad punitiva de la Administración en cuestión ampliamente sostenida por la doctrina, y que nuestro más Alto Tribunal y esta Corte han sostenido reiteradamente...". Cf. S. CPCA, 12.07.95, caso: "Merck, Sharp & Dohme de Venezuela, C.A", exp.16.613.

su fundamento en el genérico *ius puniendi* del Estado<sup>4</sup> y que supone la imposición de sanciones administrativas, que no son otra cosa que actos de gravamen que disminuyen o debilitan la esfera jurídica de los particulares, bien sea mediante la privación de un derecho (interdicción de una determinada actividad), bien mediante la imposición de un deber antes inexistente (condena al pago de una suma de dinero). Se trata pues de lesiones jurídicas que el particular tiene el deber de soportar como consecuencia de su actuación ilícita<sup>5</sup> o, como ha dicho la jurisprudencia, de castigos a las infracciones del orden jurídico administrativo<sup>6</sup>.

### 1.2.- Presupuestos

El ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria tiene como fundamento constitucional el *ius puniendi* del Estado<sup>7</sup> y como presupuesto de hecho, la ocurrencia de un ilícito administrativo.

Los ilícitos administrativos se prodeden cuando ocurre el incumplimiento de los compromisos de subordinación al Estado o, como expresa el profesor CHIOSSONE, cuando hay una transgresión de un deber o de una obligación frente a la Administración.<sup>8</sup>

4 Así lo reconoce la doctrina patria, Vid. **RONDON DE SANZO, H.** La potestad sancionatoria en el derecho venezolano. Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Allan Brewer Carías, Funeda, Caracas, 1996, p. 239.

5 **SUAY RINCON, J.** *Sanciones Administrativas*. Publicaciones del Real Consejo de España, Bolonia, 1989, p.27.

6 Cf.S. CSJ/SP. 29.04.97, caso: "Eloy Lares Martínez y otros en amparo constitucional", expediente Nro.853.

7 Al igual que la potestad penal de los jueces y tribunales, la potestad sancionatoria de la Administración forma parte de un genérico *ius puniendi* del Estado (**NIETO, A.** Derecho Administrativo Sancionador. Tecnos, Madrid, 1994, p.80.). La potestad sancionadora no es un fin en sí misma, sino un medio para hacer más eficaz el ejercicio de otras potestades que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración para satisfacer intereses generales. La tesis del *ius puniendi* único del Estado no es obstáculo para reconocer que una correcta política punitiva pasa por depositar en manos de la Administración la potestad de sancionar, en aquellos sectores en que tiene potestad para intervenir y ordenar (**DE PALMA DEL TESO, A.** El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Tecnos, Madrid, 1996, p.38.).

8 **CHIOSSONE, T.** *Sanciones Administrativas*. UCV, Caracas, 1973, pp. 43-44.

### 1.3.- Naturaleza jurídica

Las sanciones administrativas tienen la naturaleza de actos administrativos<sup>9</sup>, es decir, manifestaciones de voluntad de la Administración proferidas en ejercicio de una potestad administrativa sometida al bloque de la legalidad y dictada con miras a la consecución de un fin de interés público. Para un sector importante de la doctrina, las sanciones administrativas se distinguen de las penales (GARRIDO FALLA, VILLAR PALASÍ, NIETO, SOSA GOMEZ, CHIOSSONE y DE LAUBADÉRE), mientras que otros consideran que se trata de categorías idénticas (PARADA VAZQUEZ, GARCIA DE ENTERRÍA, MARTIN RETORTILLO, SUAY RINCÓN).<sup>10</sup>

En nuestra opinión, las sanciones administrativas son categorías jurídicas autónomas de las sanciones penales fundamentalmente por el interés que protegen y por el órgano encargado de su aplicación.

<sup>9</sup> LAUBADERE, A.-VENEZIA, J.C.-GAUDEMET, Y. O.c., pp. 709-710.

<sup>10</sup> Sobre este particular nuestra jurisprudencia ha señalado lo siguiente: "Ardua y sostenida ha sido la discusión en el campo doctrinario en materia de sanciones administrativas, en dos orientaciones. En un primer aspecto, la controversia se ha suscitado entre quienes sostienen la existencia de un Derecho Penal Administrativo, distinto del Derecho Penal, propiamente dicho, y aquellos autores que niegan en forma absoluta esa posibilidad y mantienen la unicidad del Derecho Penal. En un segundo aspecto, respecto al cual la polémica ha sido más ardorosa, se discute la naturaleza misma de la infracción administrativa en comparación con la infracción penal. El Profesor de la Universidad de Barcelona, España, Miguel Monterio Puerto, en su obra *La Infracción Administrativa, Características, Manifestaciones y Sanciones*, recoge esta última controversia y divide en tres grupos las opiniones doctrinarias: 1.- concepciones opuestas a una diferencia entre la infracción penal y la infracción administrativa; 2.- concepciones que admiten diferencias entre la infracción penal y la infracción administrativa, aun cuando tal diferencia no sea tomada sobre la base de una distinta naturaleza; 3.- doctrinas que admiten distinción, por razón de la naturaleza, entre la infracción penal y la infracción administrativa. Faltaría agregar, dentro de ese mismo contexto, que es abundante la doctrina que niega a la sanción administrativa el carácter de pena en sentido técnico. Se ve pues, que aun en el caso de las infracciones administrativas propiamente dichas, teniendo por tales las violaciones a determinadas reglas contenidas en estatutos legales, en sentido general, no hay acuerdo doctrinario respecto a si la infracción tiene carácter penal y tampoco sobre si la sanción que amerita, constituye una pena". Cf. S. CSJ/SP, 29.04.80, bajo la ponencia del Magistrado Dr. José Nuñez Aristimuño. No obstante, en decisiones más recientes la jurisprudencia se ha inclinado por la tesis de acuerdo con la cual las sanciones administrativas y las sanciones penales, aunque derivan ambas del *ius puniendi* del Estado, son categorías distintas: "...se observa que dentro del concepto lato de normas penales debe diferenciarse entre aquellas que establecen sanciones para la infracción de normas de ética a la que se sujeta la conducta social e individual de determinado conglomerado humano y que recoge en su mayor extensión el Código Penal al tipificar los delitos y faltas, y otras, contempladas en leyes especiales, que consagran sanciones para castigar la violación o incumplimiento de reglas específicas requeridas para garantizar el fin de utilidad general de la actividad administrativa y que la doctrina ha calificado como sanciones administrativas para distinguirlas en virtud del sujeto que las impone (órgano administrativo) de las de naturaleza penal que son siempre impuestas por un órgano jurisdiccional".

#### ***1.4.- Distinción con figuras afines***

Las sanciones administrativas suelen ser confundidas con otras medidas impuestas por la Administración pero que carecen de una finalidad punitiva y se dirigen en cambio a prevenir o a corregir conductas disvaliosas, o simplemente a lograr un resarcimiento por los daños patrimoniales que tales conductas han causado en el patrimonio público.

Así, las sanciones administrativas se distinguen de las medidas coactivas, las cuales buscan forzar el cumplimiento debido por el particular. También se diferencian de las medidas preventivas, que se adoptan, como claramente lo sugiere su denominación, para impedir que se produzca una infracción. Y, finalmente, las sanciones administrativas difieren de las medidas resarcitorias, que son medidas de índole patrimonial que buscan restablecer un perjuicio económico causado por una conducta del administrado.

#### ***1.5.- Principios que gobiernan el ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria***

El ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria no es un poder ilimitado que poseen las Administraciones Públicas; antes por el contrario, se trata de una actividad modulada intensamente por una serie de principios que, en su mayoría, derivan de la Constitución y por otros que, aun careciendo de una regulación expresa en el Texto Fundamental, tienen conexión con derechos inherentes a la persona humana (y por tanto pueden estimarse también reconocidos por la Constitución de acuerdo con lo previsto en su artículo 22) o derivan de principios generales del derecho.

##### **1.5.1.- Reserva legal**

De acuerdo con este principio, no pueden existir delitos ni penas (o infracciones ni sanciones) que no estén establecidos en una ley previa. La Constitución de 1999 consagra este principio en el artículo 49, numeral 6, de acuerdo con el cual ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

Este principio, según PAREJO ALFONSO<sup>11</sup>, se desdobra en dos garantías sustantivas y una garantía adjetiva.

- a.1.- La primera garantía sustantiva consiste en que debe existir una norma con rango de ley que atribuya en forma efectiva a la Administración actuante la potestad sancionadora. Sin embargo, buena parte de la doctrina señala que el principio de legalidad presenta en el ámbito de las sanciones administrativas un menor rigor respondiendo a las exigencias propias de la actividad administrativa. Según PARADA<sup>12</sup>, el principio de la legalidad exige regular por ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas, esto es, la tipicidad, que, como se verá luego, es un principio independiente pero profundamente vinculado al de la legalidad.
- a.2.- La segunda garantía sustantiva consiste en que el ejercicio de la potestad sancionadora así atribuida debe producirse precisamente por el órgano administrativo que tenga asignada la pertinente competencia.
- a.3.- En cuanto a la garantía adjetiva, ella supone que la sanción debe aplicarse a través de un cauce formal previsto en la ley, es decir, a través de un procedimiento administrativo (garantía del debido proceso, *due process of law*) rodeado de todas las garantías de que debe gozar el administrado en todo procedimiento, especialmente en aquellos que culminan en un acto ablatorio o de gravamen.

Lo cierto es, sin embargo, que como bien afirma la doctrina, el principio de la legalidad administrativa sancionadora es un producto ideológico químicamente puro, pues es un hecho innegable que pese a las

<sup>11</sup> PAREJO ALFONSO, L. "La actividad administrativa represiva y el régimen de las sanciones administrativas en el derecho español". Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas de Derecho Administrativo Allan Brewer Carías. FUNEDA, Caracas, 1996, p.165.

<sup>12</sup> PARADA, R. Derecho Administrativo. MARCIAL PONS, Madrid, 1992, T. I., pp.355-356.

brillantes verbalizaciones del dogma, lo que se percibe es que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Penal, en el ámbito administrativo existen reglamentos, e incluso resoluciones tipificadoras de conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. Como señala NIETO<sup>13</sup>, la tipificación que realizan estas normas no es precisa ni directa sino por remisión, *pero, agregamos nosotros, es tipificación al fin, violatoria del contenido nuclear del principio de la legalidad*. El que la acción administrativa insistentemente viole y relaje esta garantía de las maneras más diversas y a veces sutiles, no es la justificación apropiada para entender que el principio de la reserva legal en materia sancionatoria es laxo. No existe nada tan peligroso como conferir a la Administración (es decir al capricho del funcionario de turno) el poder de crear infracciones y sanciones.<sup>14</sup>

En nuestra opinión, se precisa de una norma con fuerza o rango de ley formal para regular las infracciones y las sanciones administrativas, estando limitado el uso del poder reglamentario de la administración en este campo (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Aunque la reserva de ley no es absoluta y puede haber complementación de la ley que establezca la infracción y la sanción administrativa, a través de un reglamento, el ámbito de esa reglamentación es extraordinariamente limitado y debe respetar el contenido *nuclear* del principio de la legalidad que exige que la conducta antijurídica y la sanción correspondiente, estén perfectamente

<sup>13</sup> NIETO, A. Derecho Administrativo Sancionador. TECNOS, Madrid, 1994.

<sup>14</sup> Lamentablemente la jurisprudencia venezolana a cedido frente a estas corrientes y en una imitación poco feliz de los criterios de la doctrina extranjera, ha opinado lo que sigue: "Sobre el particular, algunos autores de Derecho Administrativo parecieran ser partidarios en la matización, en materia de sanciones administrativas, del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, pretendiendo que en tales casos sea menos rígido que en materia de sanciones penales, propugnando la posibilidad de que, por ejemplo, el legislador (Poder Legislativo) consagre los supuestos de hecho punibles, delegando en la Administración (Poder Ejecutivo) la consagración de la pena o sanción correspondiente. Tal pretensión, sin embargo, también ha recibido críticas en la doctrina nacional, al señalarse que la misma es 'contraria, o por lo menos peligrosa, para el principio de la legalidad (*nullum delictum, nulla poena sine lege*)' (Chiossone, Tulio. Sanciones en Derecho Administrativo, UCV, Caracas, 1973, p.19). Sin embargo, aún de aceptarse tal atenuación o matiz del principio de la legalidad manifestado en la máxima '*nullum poena sine lege*', sería inaceptable en todo caso para la Sala llegar al extremo de permitir a la Administración el imponer en un caso concreto una sanción que no estuviese establecida con efectos generales (...). Y, al no señalar el Ministerio de Fomento norma alguna de nuestro ordenamiento jurídico (legal o administrativo: bloque de la legalidad) que establezca con efectos con efectos generales la sanción de revocatoria de la franquicia para ensamblar automóviles por el incumplimiento de la producción mínima de modelos automotores, o por el incumplimiento de lo establecido en los artículos 25, 31 y 32 de la Resolución (...), resulta forzoso concluir que el acto recurrido se encuentra viciado en su base legal al carecer de fundamento jurídico, lo cual lo afecta de anulabilidad (...)" Cf. S. CSJ/SPA, 04.08.94, caso: "Volkswagen Interamericana, C.A., expediente Nro.3820, bajo la ponencia de la Magistrado Dra. Cecilia Sosa Gómez.

definidas en la ley, de tal suerte que el contenido que tendrá la norma reglamentaria sea *previsible* (ley previa).<sup>15</sup>

Para concluir este breve apunte sobre el principio de la reserva legal en materia sancionatoria, es preciso señalar que para satisfacerlo plenamente no sólo hace falta una ley formal que establezca claramente la infracción y la correspondiente sanción, sino que, con la finalidad de que los particulares no puedan ser objeto de una sanción cuando no están en condiciones de conocer con carácter previo las consecuencias de su conducta, es menester que la ley en referencia esté vigente para el momento en que se realiza la conducta disvaliosa.

### 1.5.2.- Tipicidad

Otro principio cardinal en materia de infracciones y sanciones administrativas, que se conecta íntimamente con el anterior, es el de la tipicidad. Se dice que éste “postula con carácter de exigencia absoluta, la predeterminación normativa de las conductas ilícitas. La tipicidad concreta tal prescripción en el requerimiento de definición, suficiente para su identificación, del ilícito y de su consecuencia sancionatoria. Este principio es una garantía que se funda en uno de los principios fundamentales que informan el Estado de Derecho, cual es el de la seguridad jurídica. Se ha dicho que este principio postula la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes

15

No obstante lo expuesto, de nuevo podemos encontrar tristes ejemplos en nuestra jurisprudencia de cómo se alienta la deslegalización de las infracciones y sanciones administrativas, permitiendo que sea el Poder Ejecutivo, a través del ejercicio del poder reglamentario, quien las establezca, si la ley así se lo permite: “El principio constitucional de la legalidad en materia sancionatoria (*nullum delictum, nulla poena sine lege*) expresado en el ordinal 2 del artículo 60 de la Constitución Nacional, según el cual ‘nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta’ no se limita, exclusivamente, como bien lo advierte la recurrente, al campo penal, ya que su fundamentación y finalidad es la de proteger al ciudadano de posibles arbitrariedades y abusos de poder en la aplicación discrecional de penas y sanciones, sean de tipo penal o administrativo. Ahora bien, las sanciones de carácter administrativo, según la intención y voluntad del legislador, pueden establecerse tanto en una ley, como en un reglamento, pero, en este segundo caso, es indispensable que la propia ley establezca que, por vía reglamentaria, se determinarán las sanciones. Ese ha sido el camino escogido por el legislador en numerosos casos, al autorizar o delegar en el Poder Ejecutivo la determinación de las penas y sanciones a las infracciones de los administrados a la normativa legal y, en tal supuesto, se cumple con el precepto constitucional, pues el particular conoce, con antelación, cuáles son, concretamente, las sanciones aplicables a determinadas infracciones, y el poder administrador ejerce su acción dentro de cauces que no permiten posibles arbitrariedades y abusos de poder”. Cf. S. CSJ/SPA, 05.06.86, caso: “Difedemer, C.A. vs. SPC, bajo la ponencia de la Magistrado Dra. Josefina Calcaño de Temeltas.

mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables”<sup>16</sup>.

Sobre este principio la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el campo específico de las **telecomunicaciones**. Así, dado que bajo la vigencia de la Ley derogada, las telecomunicaciones eran consideradas como un *servicio público*, estimó la extinta Corte Suprema de Justicia que esto creaba una situación de sujeción especial del concesionario del servicio frente a la Administración concedente, que permitía una matización de los principios de reserva legal y tipicidad en materia sancionatoria.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Cf. STCE, 219, 21.12.89. En tal sentido, la jurisprudencia venezolana ha expresado: “(...) En cuanto al aspecto de fondo de la decisión recurrida, considera esta Sala, luego de un examen del expediente y de la normativa aplicable, que existe en efecto una lesión al principio de la reserva legal en materia de sanciones administrativas, violatoria de los artículos 60, ordinal 7 y 69 de la Ley Originaria, ya que la imposición de la sanción de publicación en la prensa, de un cartel en donde las actoras manifiesten el haber incurrido en prácticas contrarias a la libertad de competencia y que ello en nada contribuye al mejoramiento de los consumidores, no encuentra ninguna disposición de rango legal que le sirva de fundamento, siendo que dicha sanción escapa absolutamente de las obligaciones que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia pueda imponer a los infractores como una forma de hacer cesar el comportamiento ilegal de los particulares. Por lo tanto, tal como lo estableció la Corte Primera, existe una violación de la indicada reserva legal en materia sancionatoria por lo que la acción de amparo ejercida resulta parcialmente con lugar (...)”. Cf. S. CSJ/SPA, 31.01.96, caso: “Farma, S.A.”, bajo la ponencia del Magistrado Dr. Humberto J. La Roche.

<sup>17</sup> “(...) En idéntico sentido y ya por lo que respecta a la ‘imposición’ de sanciones frente al incumplimiento de obligaciones a la realización de conductas por tales administrados, la referida garantía de reserva legal de tipificación a que se contrae el citado artículo 60, ordinal 2do., de la Constitución, si bien formulada —como se dijo— en atención a la necesidad de ofrecer cobertura a la libertad personal en materia penal, resulta plenamente extensible y exigible, como lo ha precisado esta Corte en otra ocasión (cfr. Sentencia de la Sala Político Administrativa del 05-06-86) y salvo posteriores precisiones, al ámbito de la actividad de la Administración dirigida a producir actos de contenido sancionatorio o ablatorio por lo que, en principio y en términos generales, tales actos deben encontrar apoyo en normas de rango legal que especifiquen claramente en qué consisten esas conductas u obligaciones cuya realización o incumplimiento, respectivamente, acarrearán el padecimiento de los efectos perjudiciales también legalmente fijados. Ello es así —se insiste— en principio y en términos generales, en la medida que el enfoque de tales exigencias se sitúe dentro del marco natural de relaciones ordinarias que se da entre la Administración y los administrados y donde éstos, sometidos en condiciones de generalidad e igualdad a la prevalencia del interés general o colectivo que tutela, gestiona y protégé aquélla, si bien sumidos por tal virtud a un genérico poder de imperio, cuentan no obstante con garantías como la descrita en el párrafo precedente, invocable en todo momento frente a las pretensiones de desconocimiento o vulneración que de las mismas y, en definitiva, del derecho o derechos a los que ofrece cobertura, busque concretar alguna forma cualquier órgano encargado del ejercicio del Poder Público (...) Pero ello (...) es sólo en principio pues el propio texto del artículo 10 [de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos], mediante la expresión ‘salvo dentro de los límites determinados por la ley’, deja abierta en criterio de esta Corte la

posibilidad para que los actos sublegales puedan actuar efectivamente como complemento o colaboración de la ley, y no exclusivamente en materias ajenas a la garantía de la reserva legal, como lo pretende la accionante, dado que para ello carecería de sentido aclaratoria o salvadga alguna, sino precisamente en materias sujetas por excelencia a dicha garantía, como las relativas a sanciones y tributos referidos por la norma. (...) De esta forma y como también ha tenido ocasión de precisar la Corte anteriormente, todo lo relativo a *la actividad de telecomunicaciones* queda definitivamente erigido en auténtico servicio público de titularidad estatal y de competencia nacional, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Telecomunicaciones y por los numerales 22 y 24 del artículo 136 de la Constitución, servicio que si bien es susceptible de ser prestado por particulares mediante el previo otorgamiento de "permisos o concesiones", en los términos del mismo artículo 1 del texto legal citado, queda sujeto en todo caso a un especial régimen jurídico que comprende el ejercicio por la Administración, precisamente en defensa del interés público, de incidentes poderes de regulación, dirección, vigilancia, inspección, control e intervención, a los que el prestatario privado acepta someterse al solicitar y obtener la concesión o el permiso, quedando así vinculado en una indiscutible relación de sujeción especial respecto de la Administración concedente en todo lo concerniente a la actividad que desarrolla al prestar el servicio (Cfr. Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 05.05.83, del 01.12.90 y del 01.08.91). Los indicados poderes incidentes de intervención de la Administración —dejando siempre a salvo lo relativo al equilibrio económico financiero del contrato de concesión—, abarcan desde la ordenación coactiva de los horarios de transmisión y la regulación de los contenidos programáticos, pasando por la suspensión temporal o definitiva de las transmisiones o de algún o algunos programas o espacios, hasta la rescisión unilateral del contrato mismo, y encuentran además contenido normativo de rango legal en lo preceptuado por el artículo 3 de la citada ley, que confiere potestad al Ejecutivo para que, cuando lo juzgue conveniente a los intereses de la Nación o cuando así lo exigieren el orden público, la seguridad individual, las leyes o las buenas costumbres, revoque las autorizaciones concedidas para el establecimiento del servicio o suspenda o impida la transmisión de comunicaciones y la circulación de mensajes (cfr. Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 01.08.91). La amplitud aparentemente excesiva de tan incidentes poderes de intervención de la Administración en la gestión y desarrollo de la actividad cumplida por concesionarios particulares de telecomunicaciones, ha sido ya justificada en anteriores decisiones de este Alto Tribunal, invocándose además de las ya aludidas, otras razones que reflejan más claramente lo revelado por la experiencia misma y en las que se ha sustentado la necesaria existencia de una auténtica policía de espectáculos, pues "...las transmisiones de radio y televisión, pueden llegar al espectador incluso de sorpresa y, en todo caso, sin el propósito deliberado y consciente de escucharlas y presenciarlas, incluso, sin pago de un precio..." (...) En efecto, todas las evidentes razones de orden público antes descritas condicionan precisamente la operatividad de un régimen muy distinto al que rige normalmente para cualquier ciudadano, régimen destinado a ofrecer plena satisfacción a la necesidad de que el servicio en cuestión y el derecho fundamental a él vinculado —libre expresión del pensamiento— se presten y ejerzan dentro de los estrictos límites aludidos en el presente fallo, justificándose en esa misma medida imprimir una matización en el rigor o grado con que de ordinario opera la exigencia de las garantías contempladas en nuestro ordenamiento al ejercicio de derechos, entre ellas la de reserva legal de tipificación aducida como vulnerada, más aún cuando ya esa posibilidad es admitida sin discusión, aunque excepcionalmente, en el régimen general y dentro del marco de las relaciones ordinarias entre la Administración y los administrados, como se dejó establecido al comentar el contenido del artículo 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, conforme al cual se deja abierta la posibilidad para que, justamente en una materia como la sancionatoria sujeta indiscutiblemente a reserva legal, tenga cabida la producción de actos sublegales que desarrollen labores de colaboración o complemento de la ley, claro está, dentro de los límites que ella fije. Por otra parte, no puede soslayarse que las más amplias y penetrantes potestades de intervención estatal en la prestación del servicio, como son la posibilidad de revocar el permiso o la concesión y la de imponer suspensiones temporales o definitivas de transmisión, han sido conferidas por norma de rango legal para ser ejercidas por el Poder Ejecutivo ante la apreciación que haga de la conveniencia de la medida a los

Lo importante para la efectividad de este principio es que los comportamientos infractores se hallen definidos con suficiente claridad en la norma que los configura como tales. En consecuencia, resultan inválidas las cláusulas abiertas que califican como sancionable cualquier infracción a la normativa en vigor<sup>18</sup>.

Para que la garantía de la tipicidad sea verdaderamente operativa, es preciso que la norma sancionatoria describa con claridad y suficiencia el hecho típico, es decir, el presupuesto de hecho que se considera como conducta disvaliosa contraria los fines de la ley administrativa correspondiente. Luego es menester que dicha norma sancionatoria describa con igual claridad y precisión, el castigo aplicable al infractor. Por tanto, este principio proscribire las llamadas normas penales en blanco, preocupantemente frecuentes en nuestro ordenamiento jurídico, y pretende por otra parte, impedir también que se deslegalice la tipificación.

### 1.5.3.- Culpabilidad

Si bien no existe en nuestra Constitución una norma que recoja en forma expresa el principio de la culpabilidad o de la responsabilidad subjetiva en materia sancionatoria; lo cierto es que el mismo constituye un *principio general del derecho* cuya aplicación al derecho administrativo sancionatorio, no admite duda alguna<sup>19</sup>. Se trata, como lo

---

intereses de la Nación, o a las exigencias del orden público, la seguridad individual, las leyes o las buenas costumbres, en los términos del artículo 3 de la Ley de Telecomunicaciones. Es así como ya en anterior decisión esta Corte, al analizar los principios orientadores de este especial régimen a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 136, numerales 22 y 24 y 139 de la Constitución, dejó establecido que no sólo la ley, sino también –y muy especialmente, se aclara ahora- las normas sublegales conformes con ella, puedan regular el ejercicio de esa libertad de expresión del pensamiento dentro de los postulados fijados por el Texto Fundamental. Por tanto, en criterio de este Alto Tribunal, resulta ajustado a derecho que dentro de ese régimen jurídico diseñado para regir las prestaciones del servicio de televisión por concesionarios privados, se lleve a cabo la previsión –no sólo mediante decretos reglamentarios dictados con fundamento en la potestad que confiere el ordinal 10 del artículo 190 de la Constitución de la República, sino también y muy especialmente por vía de actos administrativos dictados por el Ministerio del ramo –de las conductas u obligaciones de forzada observancia o cumplimiento por tales concesionarios, cuya desatención constituye infracción merecedora de la sanción legalmente prevista (...).” Cf. S. CSJ/CP, 13.02.97, caso: “Corporación Venezolana de Televisión”, expediente Nro.0429, bajo la ponencia de la Magistrado Dra. Josefina Calcaño de Temeltas.

<sup>18</sup> LOZANO, B. La extinción de las sanciones administrativas y tributarias. MARCIAL PONS, Madrid, 1990, p.37.

<sup>19</sup> Algunas leyes consagran de manera expresa este principio, como ocurre con el artículo 73 del Código Orgánico Tributario, de acuerdo con el cual “Las infracciones tributarias pueden ser dolosas o culposas”.

reconoce la mejor doctrina<sup>20</sup> y la jurisprudencia, de uno de los principios cardinales que informan el poder punitivo del Estado, recogido en el aforismo *nulla poena sine culpa*.<sup>21</sup>

Se ha dicho con acierto que nadie es libre ni goza de seguridad si el Estado puede aplicarle penas por hechos u omisiones inevitables, es decir, que no sean consecuencia de su acción voluntaria evitable<sup>22</sup>. Así pues, la apreciación de la culpabilidad en la conducta del sujeto infractor es una exigencia que surge directamente de los principios constitucionales de seguridad jurídica, de respeto a la dignidad de la persona y de legalidad en cuanto al ejercicio de potestades sancionatorias de cualquier naturaleza.

En otros ordenamientos, este principio tiene una expresa consagración constitucional y supone que el legislador ordinario no puede limitarlo, ni disminuirlo, ni manipularlo en modo alguno sino que es la Carta Fundamental la que lo ha declarado ya de una vez y para siempre, con la consecuencia, por tanto, de que la ley que disponga lo contrario es inconstitucional<sup>23</sup>.

La aplicación del principio de la culpabilidad trae consigo, también, la erradicación absoluta del sistema de la responsabilidad objetiva que se llegó a predicar con alguna insistencia en los albores del derecho administrativo sancionador y que ha tenido algún reflejo importante en materias como la tributaria.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> **DE PALMA DEL TESO, A.** El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Tecnos, Madrid, 1996, p. 52.

<sup>21</sup> Sobre el mismo, la extinta Corte Suprema de Justicia, en Pleno, ha señalado lo siguiente: "Por ello carecerían de fundamento constitucional las leyes administrativas que dediquen un capítulo de su normativa a regular las disposiciones penales o las sanciones o penas, sin que se refieran, precisamente, a **conductas dolosas o culposas** (que califican el carácter penal de la infracción), sino al incumplimiento en general de deberes jurídicos del administrado frente a la Administración". (Destacados y bastardillas nuestros). Cf. S. CSJ/CP, 09.08.90, bajo la ponencia del Magistrado Dr. Román Duque Corredor, consultada en original.

<sup>22</sup> **BACIGALUPO, E.** ¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?. La Ley. T. 2, 1982, p.936 y ss.

<sup>23</sup> **NIETO, A.** Derecho Administrativo Sancionador. Tecnos, Madrid, 1994, p.300.

<sup>24</sup> **VILLEGAS, H.** Curso de Finanzas y Derecho Financiero y Tributario. Depalma, Buenos Aires, 1980, p.333.

Asimismo y tal como lo ha advertido la doctrina, no es necesario ser jurista para aprehender la íntima conexión entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, pues hasta el profano sabe que el antónimo de "inocente" es "culpable". Así, la necesidad de la prueba de la culpabilidad para desvirtuar el derecho a ser presumido inocente es expresión de esta estrecha relación<sup>25</sup>.

En cuanto concierne al contenido de este principio, el mismo se integra en tres elementos fundamentales, a saber, la imputabilidad, la voluntad y la responsabilidad. La imputabilidad exige que la infracción administrativa sea atribuible a un sujeto concreto que tiene capacidad jurídica y capacidad para obrar. Por su parte, la voluntad requiere que el sujeto infractor haya incurrido en la conducta disvaliosa tipificada como infracción, con la intención de cometer el hecho (dolo) o con negligencia, imprudencia o impericia (culpa). Finalmente, la responsabilidad supone que no estén presentes en el caso concreto hechos que excluyan la misma, esto es, que no existan causas eximentes de responsabilidad, cuales son: i) el error de hecho o de derecho excusable; ii) las causas extrañas no imputables (caso fortuito, fuerza mayor, hecho del príncipe, hecho de un tercero, culpa de la víctima); y, iii) la obediencia legítima y debida.

Adicionalmente, existe otro principio del derecho administrativo sancionador que tiene influencia directa en cuanto a la determinación de la culpabilidad de quien comete una infracción administrativa. Así, la garantía de la presunción de inocencia, prevista en el artículo 49, numeral 2, de la Constitución, supone que todo supuesto infractor se presume inocente mientras la Administración no logre demostrar lo contrario, a través del procedimiento administrativo aplicable al caso, el cual debe estar rodeado de todas las garantías necesarias.

#### 1.5.4.- Proporcionalidad

La Administración al ejercer su potestad sancionatoria debe evaluar con suma atención la gravedad de la infracción a objeto de evitar que la sanción aplicable resulte desproporcionada a la infracción y que además ésta se aleje sustancialmente de los objetivos de la propia actuación administrativa y de los fines perseguidos por el legislador<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> DE PALMA DEL TESO, A. O.c., p. 61.

<sup>26</sup> SOSA GOMEZ, C. La naturaleza de la potestad administrativa sancionatoria. Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer Carías. Funeda, Caracas, 1996, p.259.

El principio de la proporcionalidad es un principio general de derecho administrativo que ha sido positivizado en Venezuela en el artículo 12 de la LOPA y que es reconocido en algunas leyes administrativas especiales (Vgr. Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, art. 104; Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, art. 110; Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, art. 50; Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, art. 71; Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, art. 129; Código Orgánico Tributario, art. 85)

Pero además, el principio de la proporcionalidad de la pena con respecto a la infracción cometida, *es un derecho humano, extensible incluso a las personas jurídicas*, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia en el caso de otros derechos humanos que limitan el ejercicio del *ius puniendi*, como es el caso de la presunción de inocencia.<sup>27</sup>

El principio de *razonabilidad* o *proporcionalidad* es consagrado en todo sistema constitucional como derivación del principio de legalidad, de allí que éste permita revisar la sustantividad de las normas de jerarquía inferior a la Constitución para adecuarlas a su contenido. Este principio exige equivalencia entre el perjuicio causado por la conducta disvaliosa y el castigo inflingido al infractor. La sanción debe ser suficiente para disuadir a los administrados de cometer las infracciones administrativas correspondientes, pero no debe ser exagerada al punto de colocar por encima de los derechos fundamentales, la represión de las conductas contrarias al ordenamiento jurídico administrativo. En el caso de las sanciones pecuniarias, es preciso cuidar que las mismas no sean entendidas

<sup>27</sup> "(...) la Sala no comparte la posición adoptada por la Corte Primera acerca del no carácter constitucional (sic) de los derechos reconocidos internacionalmente, aunque no previstos expresamente en nuestra Constitución, referente a la presunción de inocencia y a la necesaria imparcialidad de los entes sancionadores. Pues, a juicio de la Sala, tales derechos previstos en tratados internacionales ciertamente constituyen libertades o garantías para los ciudadanos que, en nuestro país, deben tener cabida en el artículo 50 de la Constitución. Ello para mantener la amplitud, en este sentido, que ha sido común en nuestro ordenamiento y que permite una constante evolución hacia el desideratum del Estado de Derecho, la seguridad jurídica, la prohibición de la arbitrariedad y la protección de las libertades esenciales de los integrantes de la sociedad. El hecho de que la accionante sea una persona jurídica, en estricto sentido, y no persona natural, poca importancia tiene a los fines de entender como fundamentales o no los derechos reconocidos en los tratados internacionales, ya que estos derechos o garantías tienen en nuestro país el carácter de constitucionales de acuerdo con el artículo 50 de la Constitución y si bien se le reconocen de esa manera a los particulares, como personas naturales, no hay justificación alguna que para personas jurídicas, que también pueden ser lesionados en ellos como cualquier otra persona, no les sea reconocida la supremacía de tales derechos." Cf. S. CSJ/SPA, 29.05.97, Caso "ACOMISUR".

como fuentes de lucro para la persona pública de que se trate, pues tal no es el propósito de su establecimiento.

Una clara manifestación del principio de proporcionalidad y que debe tener eco en todas las leyes administrativas que tipifiquen infracciones y sanciones de esta naturaleza, es el establecimiento de atenuantes y agravantes de la pena, que permitan *graduar* el *quantum* de la misma según las circunstancias que rodeen cada caso en particular. Además, para que sean efectivas estas atenuantes y agravantes, la sanción de venir establecida entre dos límites, siendo aplicable, normalmente, el término medio, de acuerdo con el principio establecido en el artículo 37 del Código Penal.

#### 1.5.5.- Prescripción

Otra garantía fundamental en materia sancionatoria, especialmente en el ámbito de las sanciones administrativas, está constituida por la garantía de la prescripción extintiva, tanto de la sanción en sí misma, como de las acciones destinadas a su establecimiento y aplicación.

La Institución de la prescripción, de acuerdo con la doctrina, supone el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de los efectos que ocasiona una causa natural: el transcurso del tiempo. En el ámbito represivo son los efectos destructores del tiempo los que se tienen en cuenta al consagrar la prescripción de los delitos y las penas, institución que puede definirse como la extinción por el transcurso del tiempo del derecho del Estado a imponer una pena o a hacer ejecutar la pena ya impuesta<sup>28</sup>. El principio de la prescripción para el ejercicio de las acciones administrativas que suponen cargas en cabeza de los administrados está previsto en el artículo 70 de la LOPA y es recogido por algunas leyes administrativas especiales (Vgr. Arts. 76, ord, 3ro. y 77 del COT).

#### 1.5.6.- *Non bis in eadem*

De acuerdo con el artículo 49, numeral 7, de la Constitución, ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en

---

<sup>28</sup> RODRIGUEZ DEVESA, J.M. Derecho penal español. DYKINSON, Madrid, 1986, p.681.

virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente. Este es otro de los principios fundamentales en materia penal que tiene proyección incuestionable en el derecho administrativo sancionador, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia.<sup>29</sup>

Alguna doctrina estima que este principio impide la acumulación de sanciones administrativas y penales por un mismo hecho.<sup>30</sup> Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico existe esta posibilidad en la casi totalidad de las leyes administrativas que tipifican ilícitos administrativos, cuando la conducta disvaliosa puede constituir también un delito.

### 1.5.7.- Presunción de Inocencia

Tal como antes fue señalado, uno de los principios fundamentales más importantes en el derecho administrativo sancionador y que ahora tiene expresa consagración constitucional (artículo 49, numeral 2), es que toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

En materia de infracciones y sanciones administrativas, este principio ha tenido importantes limitaciones para lograr su plena vigencia pues, en numerosos casos, diversas leyes administrativas otorgan una presunción de certeza a ciertas actuaciones cumplidas por Administración.

Afortunadamente, la jurisprudencia ha sido bien contudente al destacar la preeminencia de esta garantía sobre cualquier presunción de legitimidad que acompañe las actuaciones de la Administración.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> “...El principio non bis in idem es una institución del Derecho Penal, según el cual nadie podrá ser sancionado dos veces por el mismo hecho. Este principio, si bien es originario, como se dijo, del Derecho Penal, es aplicable en el derecho Administrativo en virtud de que la Administración tiene potestades sancionatorias, por lo que cuando nos encontramos en un procedimiento de este tipo, la Administración no puede sancionar a un ciudadano dos veces por el mismo hecho”. Cf.S. CPCA, 20.05.94, caso: “Federación Venezolana de Deportes Ecuestres”.

<sup>30</sup> Ib. p.264 y ss.

<sup>31</sup> “Asimismo vulneró el Consejo de la Judicatura la presunción de inocencia que constituye una garantía fundamental e indispensable de seguridad de la persona humana (artículo 50 Constitución; artículo 13 Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 11, ordinal 1, Carta General de la ONU; Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVII). Esta garantía requiere que la acusación aporte la prueba individual de culpabilidad más allá de la duda (vid. en este contexto el principio in dubio pro reo), manteniéndose la inocencia del indiciado mientras no exista una sentencia condenatoria (...)”. Cf. S. CSJ/SPA, 1.12.94, caso: “Beda Flor Morán vs. Consejo de la Judicatura”.

El asunto, no ha sido discutido únicamente en nuestro país; antes bien, la doctrina extranjera más conspicua y la autorizada y ejemplarizante jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se han ocupado prolijamente del mismo. En sentencia de fecha 26 de abril de 1990, el Tribunal Constitucional Español señaló:

“...En efecto, no puede suscitar ninguna duda que **la presunción de inocencia rige sin excepción en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular**, pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el artículo 24.2. de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, **el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción está basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio (...)** toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par de certeza de los hechos imputados, obtenida mediante prueba de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, de manera que el artículo 24.2. de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción (...)” (destacado y bastardillas nuestras).

Los argumentos sostenidos por el Tribunal Constitucional español tienen total aplicación en nuestro sistema jurídico positivo, de acuerdo con el ya citado artículo 49, numeral 2, de la Constitución. Frente a cualquier intento de restringir la señalada garantía a la presunción de

inocencia a las personas naturales, es bueno señalar que la jurisprudencia la extendido también a las personas jurídicas.<sup>32</sup>

Este mismo principio, enlazado con el del debido proceso, supone que quien acusa debe imputar de manera pormenorizada los cargos y notificarlos al presunto infractor para que se defienda de los mismos, contando con el tiempo suficiente para preparar su defensa y teniendo acceso a todos los medios de prueba que sean admisibles en derecho para tal fin, todo lo cual encuentre ahora expresa previsión constitucional en el artículo 49, numeral 1, de la Constitución.

Pero además, no basta con que la Administración impute los cargos; antes bien, la presunción de inocencia opera una inversión automática de la carga de la prueba haciéndola recaer en el acusador, quien está obligado, en consecuencia, a acompañar sus imputaciones de las pruebas legales, pertinentes y suficientes para sustentar la acusación.

### 1.5.8.- Garantías Formales

#### *1.5.8.1.- Debido proceso*

El principio de seguridad jurídica exige que la sanción de todas las conductas que están legalmente tipificadas como ilícitos administrativos, se realice a través de un procedimiento que permita la

<sup>32</sup>

“(...) la Sala no comparte la posición adoptada por la Corte Primera acerca del no carácter constitucional (sic) de los derechos reconocidos internacionalmente, aunque no previstos expresamente en nuestra Constitución, referente a la presunción de inocencia y a la necesaria imparcialidad de los entes sancionadores. Pues, a juicio de la Sala, tales derechos previstos en tratados internacionales ciertamente constituyen libertades o garantías para los ciudadanos que, en nuestro país, deben tener cabida en el artículo 50 de la Constitución. Ello para mantener la amplitud, en este sentido, que ha sido común en nuestro ordenamiento y que permite una constante evolución hacia el desideratum del Estado de Derecho, la seguridad jurídica, la prohibición de la arbitrariedad y la protección de las libertades esenciales de los integrantes de la sociedad. El hecho de que la accionante sea una persona jurídica, en estricto sentido, y no persona natural, poca importancia tiene a los fines de entender como fundamentales o no los derechos reconocidos en los tratados internacionales, ya que estos derechos o garantías tienen en nuestro país el carácter de constitucionales de acuerdo con el artículo 50 de la Constitución y si bien se le reconocen de esa manera a los particulares, como personas naturales, no hay justificación alguna que para personas jurídicas, que también pueden ser lesionados en ellos como cualquier otra persona, no les sea reconocida la supremacía de tales derechos.” Cf. S. CSJ/SPA, 29.05.97, Caso “ACOMISUR”.

salvaguardia del interés general y de los derechos y garantías de los administrados.<sup>33</sup>

#### *1.5.8.2.- Derecho a ser oído*

Dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, con más intensidad que en cualquier otro supuesto posible, es de esencial importancia la existencia de una oportunidad para que el imputado se defienda, para que alegue en cualquier estado y grado del mismo todo aquello que contribuya a la defensa de sus derechos e intereses. Así lo establece de manera categórica la Constitución en su artículo 49, numerales 1 y 3, en los que se prevé que la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso y que toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso.

#### *1.5.8.3.- Derecho a promover y evacuar pruebas*

Asimismo, una de las garantías procedimentales de trascendental importancia y profundamente vinculada e interdependiente con el derecho

33

Así lo ha establecido en numerosas ocasiones la jurisprudencia: "El procedimiento administrativo sancionatorio constituye uno de los medios a través de los cuales se materializa la potestad sancionatoria. De allí que para el ejercicio de esta potestad, la Administración debe abrir el procedimiento y notificarle a los presuntos transgresores las faltas que se le imputan, es decir, debe hacerle conocer con toda claridad y certeza de qué se le presume responsable a los fines de que en ejercicio de su derecho a la defensa, presenten el escrito de descargos con sus respectivas pruebas..." Cf. S. CPCA, 04.02.97, caso: "Griselda Zornila de Mora vs. UCV", expediente Nro. 95-16851. "El trámite administrativo para la imposición de sanciones pecuniarias agota una primera instancia, la cual por eso mismo, debe iniciarse con la notificación del administrado y en ella debe dársele oportunidad para promover y evacuar las pruebas que estime pertinentes, en ejercicio del derecho a la defensa consagrado en el artículo 68 de la Constitución Nacional. Dicho procedimiento administrativo puede y debe ser definido por vía Reglamentaria o por Resolución Ministerial, caso de no estar previsto en una norma legal de superior categoría, en beneficio de la Administración misma y del particular. Sin embargo, su inexistencia no puede privar al administrado de su legítimo e impostergable derecho de defensa (...). Los lapsos y oportunidades de actuar que se establezcan en el procedimiento administrativo, constituyen verdaderas garantías procesales para el administrado y son las que van a dar sentido y contenido práctico a su derecho de defensa constitucional (...). En estos casos, de infracciones a la Ley de Hidrocarburos, la notificación del concesionario, requisito indispensable para iniciar la primera instancia administrativa, debe constar en el acta fiscal prevista en el artículo 128 del Reglamento de la Ley de Hidrocarburos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 420 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, y es por esto que la omisión de la firma del concesionario en dicha acta, o de la constancia de la autoridad de que aquél se negó a firmarla, constituyen un vicio que afecta la validez del procedimiento que se ha seguido". Cf. S. CSJ/SPA, 21.01.75, ratificada en S. de la misma Sala 24.04.80, bajo la ponencia del Magistrado Dr. Domingo A. Coronil.

a la defensa y al debido proceso, es la libertad de pruebas, es decir, la posibilidad de promover y evacuar toda clase de medios de prueba durante el trámite formal correspondiente. En este sentido el artículo 49, numeral 1, de la Constitución, señala que toda persona tiene derecho de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. El principio de libertad probatoria es reafirmado en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y es recogido también en algunas leyes especiales que tipifican ilícitos administrativos y sanciones de la misma especie.

#### *1.5.8.4.- Interdicción de las pruebas ilegítimas*

Otra de las garantías fundamentales de los procedimientos administrativos sancionatorios, incorporada ahora de manera expresa por la Constitución de 1999, es la interdicción de las pruebas ilegítimas. En efecto, señala el artículo 49, numeral 1, de la Constitución, que serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso.

Esto significa que la demostración de que determinado sujeto ha cometido un ilícito administrativo, no puede estar basada en pruebas que han sido obtenidas: i) sin el debido conocimiento del sujeto imputado; ii) sin permitir al imputado la contraprueba correspondiente; iii) en violación de la garantía constitucional del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas (artículo 48 de la Constitución); iv) mediante el robo, hurto o apropiación indebida de documentos incriminadores; v) mediante el forjamiento o elaboración de pruebas *ad hoc* preparadas con la finalidad de apoyar los hechos descritos en un acto administrativo sancionatorio definitivo; vi) en violación del derecho a no autoinculparse (artículo 49, numeral 5, de la Constitución).

De acuerdo con lo expuesto, si existe una prueba incriminadora que ha sido obtenida por la autoridad pública violando la garantía del debido proceso según lo antes expuesto, tal prueba será nula y por tanto, no podrá en ningún caso convertirse en el fundamento de un acto administrativo sancionatorio, so pena de que el mismo también esté viciado de nulidad absoluta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19, ordinal 1ro, de la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativos en concordancia con el artículo 49, numeral 5, de la Constitución.

*1.5.8.5.- Derecho a la formación del expediente  
administrativo y de acceder al mismo*

También es una garantía procedimental de principalísima importancia en el ámbito del derecho administrativo sancionador, la existencia de un expediente administrativo debidamente foliado y certificado por la autoridad correspondiente, en el cual consten, en perfecto orden consecutivo y sin alteraciones ni enmendaduras de ninguna especie, todas y cada una de las actuaciones cumplidas durante el procedimiento sancionatorio de primer grado, todo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31, 32, 51 y 50 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

A este expediente administrativo debe tener acceso constante el sujeto interesado en el procedimiento administrativo sancionatorio, para consultarlo cuantas veces sea necesario dentro del horario normal de la oficina pública de que se trate, pudiendo tomar anotaciones del mismo o pedir, si fuere el caso, copias simples o certificadas de todos o algunos de los documentos que reposen en él. El acceso al expediente para el interesado debe ser fácil, sencillo, sin trabas de ninguna especie ni trámites burocráticos engorrosos e innecesarios, debiendo existir un lugar apropiado para su consulta en la oficina pública correspondiente (artículos 37 y 38 de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos).

Es importante señalar que algunos documentos que reposen en el expediente administrativo pueden ser declarados confidenciales de conformidad con lo establecido en los artículos 75 y 76 de la Ley Orgánica de la Administración Central. Sin embargo, esta declaratoria de confidencialidad es excepcional y debe producirse mediante un acto motivado<sup>34</sup> que, aun cuando es un acto administrativo de trámite, puede ser impugnado por los recursos administrativos ordinarios, mediante la acción contencioso administrativa o a través de un amparo constitucional. En ningún caso el expediente administrativo podrá ser declarado confidencial en su totalidad, pues ello sería una grave violación del derecho de acceso a las pruebas (artículo 49, numeral 1, de la Constitución) y del

34

BENAIM AZAGURI, S. "Notas sobre la reserva de documentos en el procedimiento administrativo ordinario. Comparación con el procedimiento civil ordinario y el Código Procesal Modelo para Iberoamérica". Revista de Derecho Probatorio. Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1997, Nro.8, pp.405-407.

derecho de acceso al expediente mismo, los cuales, en cualquier caso, están por encima de cualquier justificación que pueda existir para una declaratoria de confidencialidad.

#### *1.5.8.6.- Derecho a la Notificación*

De acuerdo con el artículo 49, numeral 1, de la Constitución, toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga. Esta garantía tiene una trascendencia superlativa en el procedimiento administrativo sancionatorio y supone que el sujeto imputado conozca a plenitud la iniciación de un procedimiento para determinar la comisión de un ilícito administrativo en el cual él aparece como presunto infractor.

Por tanto, como condicionante del efectivo ejercicio del derecho a ser oído, el administrado tiene derecho a imponerse o enterarse de todo acto administrativo de efectos particulares que afecte sus derechos, incluso de aquellos que sean de mero trámite, tal como se deduce del artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Es decir, cualquier acto que se produzca dentro del procedimiento o que le ponga fin, si afecta los derechos del administrado, debe notificársele y esa notificación debe reunir todas las formalidades a las que se refiere el referido artículo 73 de la referida Ley.

En consecuencia, para que esta garantía formal sea efectiva, ha de privilegiarse la notificación personal practicada en el domicilio del sujeto imputado (sea persona natural o jurídica), tal como lo revela la lectura concordada de los artículos 74 y 75 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Así lo ha entendido la jurisprudencia, al señalar que las autoridades administrativas deben dar preferencia a la notificación personal, agotando todos los medios necesarios para que ésta se lleve a cabo y es lógico que así sea pues la notificación personal es la forma más idónea de garantizar la posibilidad de ejercicio del derecho a la defensa<sup>35</sup>.

De igual manera, de acuerdo con el artículo 73 de la misma Ley, la notificación ha de contener una serie de requisitos formales que están destinados a asegurar que el imputado pueda ejercer adecuadamente su derecho a la defensa; tales requisitos son: i) información suficiente sobre

<sup>35</sup> Cf. CSJ/SPA, 4.12.97, caso: "Consortio Autopistas Barlovento", consultada en original.

el acto que se notifica; ii) recursos u oportunidades para promover alegatos y pruebas a que haya lugar y plazos para ello; iii) información suficiente sobre el organismo competente que sustancia el procedimiento.

La notificación es una condición de eficacia del acto<sup>36</sup>, es decir, mientras la manifestación de voluntad, juicio o conocimiento de la Administración no sea comunicada al administrado, no surte efecto alguno frente a éste.<sup>37</sup>

La ineficacia del acto comporta dos consecuencias fundamentales; la primera de ellas es que el mismo no puede ser ejecutado válidamente por la Administración; y la segunda, que no corren los lapsos para que el acto sea impugnado en vía administrativa o judicial.

Pero la notificación de los actos administrativos puede ser analizada también como un derecho de los administrados que se conecta directamente con el derecho constitucional a la defensa (artículo 49 CN) en tanto les permite enterarse de las manifestaciones de voluntad de la Administración que afectan sus derechos subjetivos o sus intereses particulares, legítimos y directos, para asumir frente a tales manifestaciones la conducta que consideren más idónea a la protección de los mismos.

Se habla así en la moderna doctrina del Derecho Administrativo formal de un derecho constitucional a la notificación<sup>38</sup> y ello, como se señaló precedentemente, ha sido reconocido de manera expresa en la

<sup>36</sup> Para un breve panorama del asunto en nuestra legislación, consúltese: **RODRIGUEZ GARCIA, N.** "La eficacia de los actos administrativos". Revista de Derecho Público. EJV, Caracas, 1989, Nro.38, pp.17 y ss.

<sup>37</sup> Al respecto la jurisprudencia ha señalado: "Todo acto administrativo para ser perfecto requiere validez y eficacia: válido es todo administrativo que ha nacido conforme al ordenamiento jurídico vigente, la eficacia sólo se vincula a su ejecutoriedad, a su fuerza ejecutoria, a la posibilidad de ponerlo inmediatamente en práctica. Un acto administrativo se hace eficaz adquiriendo ejecutoriedad mediante su publicación o notificación cuando se trata de actos administrativos de carácter general o de carácter particular, respectivamente. Es decir, la notificación o publicación, según sea el caso, es una formalidad posterior a la emisión del acto. Sin el previo cumplimiento de la publicidad o notificación el acto administrativo podrá ser válido más no eficaz, pues en la medida en que no se haya efectuado se considerará que los administrados ignoran su existencia, ya que el fundamento de la publicidad y de la notificación consiste en llevar al conocimiento del interesado el acto administrativo". Cf. S. CSJ/SPA, 20.07.93 y también. S. CSJ/SPA, 10.10.89, 23.02.94, et passim.

<sup>38</sup> **DIEZ SANCHEZ, J.J** El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional. Civitas, Madrid, 1992, p.221.

Constitución de 1999 (artículo 49, numeral 1). La ausencia de la notificación entonces puede ser causa eficiente de la indefensión del administrado frente a la conducta de la Administración, si es posible comprobar que los derechos o intereses de aquél han resultado lesionados por no habersele comunicado formalmente, no sólo el contenido del proveimiento, sino también los medios de defensa contra el acto, los plazos para ejercerlos y los órganos ante los cuales debe hacerlo.<sup>39</sup>

El derecho a ser oído y el derecho a ser notificado, no sólo son derechos reconocidos en los sistemas jurídicos similares al nuestro, sino que también son parte de una de las garantías fundamentales en los ordenamientos jurídicos anglosajones, materializada en el llamado *due process of law*<sup>40</sup> o debido proceso.

#### *1.5.8.7.- Derecho a la motivación*

El administrado tiene derecho a conocer las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto administrativo sancionatorio. Así pues, no basta con que estas razones existan, sino que las mismas deben ser expresadas pues lo contrario supone una violación flagrante del derecho a la defensa y por ende la nulidad del acto.

En efecto, por exigencia de los artículos 9 y 18, ordinal 5, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, los actos administrativos definitivos deben ser motivados, es decir, deben expresar formalmente las razones de hecho y de derecho en que la Administración se ha fundamentado para emitir su manifestación de voluntad en un caso concreto. La exigencia de la motivación proscribire en nuestro ordenamiento jurídico la arbitrariedad de los entes administrativos, obligándoles a circunstanciar sus decisiones de tal suerte que el juez contencioso, de cuyo control no escapa ningún acto administrativo, pueda valorar la apreciación de los hechos y la aplicación del derecho realizada por la autoridad que ha dictado el acto.

---

<sup>39</sup> Sobre este particular la jurisprudencia ha indicado lo que sigue: "La notificación de los actos administrativos, prevista en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no es más que la materialización de la garantía del derecho a la defensa consagrado en el artículo 68 de la Carta Magna". Cf. S. CPCA, 04.05.94.

<sup>40</sup> Sobre el particular consúltese: GELLHORN, E-LEVIN, R. *Administrative Law and Process*. West Publishing Co., Minnesota, 1997.

Pero además, la motivación o expresión formal de los motivos, se enlaza con la protección del derecho constitucional a la defensa del cual no puede ser privado, en ningún caso, el ciudadano. Ciertamente, sólo el adecuado, completo y exhaustivo conocimiento que tenga el administrado de las razones que impulsaron a la administración a actuar, le permitirá esgrimir argumentos y aportar pruebas en su defensa. Ante el silencio de la administración o frente a las parcas motivaciones, el administrado no sólo se confunde y queda sumido en las sombras de la ignorancia, sino que es incapaz de defenderse de aquello que afecta sus derechos subjetivos o sus intereses, personales legítimos y directos.<sup>41</sup>

Es importante advertir y esto lo ha reconocido la jurisprudencia patria, que la inmotivación no sólo existe cuando hay ausencia total de expresión de las razones de hecho y de derecho en que se fundamenta el acto, sino también cuando estas razones han sido expresadas de una manera tan parca o con tal grado de confusión que dificultan su aprehensión por el administrado.

La garantía formal de la motivación tiene también especial relevancia en los procedimientos administrativos sancionatorios porque éstos envuelven siempre, como se comprende con absoluta facilidad, un contenido gravoso, a veces en grado superlativo, para el administrado. No puede entonces la Administración salvaguardarse en la odiosa interpretación conforme a la cual la motivación no tiene por qué ser exhaustiva, porque tal criterio sólo es válido cuando no estamos en el campo de los actos administrativos de gravamen. Se ha dicho al respecto,

<sup>41</sup> Sobre la vinculación entre el derecho a la motivación y el derecho a la defensa la jurisprudencia ha dicho lo que sigue: "El derecho a la defensa en el procedimiento administrativo está íntimamente vinculado al derecho a la motivación, porque el conocimiento oportuno de los motivos de la acción administrativa es lo que puede determinar la eficacia y acierto de las decisiones que se dicten, su correcta adecuación al derecho objetivo y el debido equilibrio entre los intereses públicos y particulares involucrados en la decisión, a iniciativa de los interesados. Basta por lo tanto con que el acto administrativo no esté debidamente motivado para que se considere que tácitamente ha habido indefensión de los particulares que han podido oponerse a la decisión, antes de que ésta llegue a afectar sus intereses legítimos, personales y directos, y de allí la necesidad de hacer referencia a las razones que han sido alegadas entre los requisitos de la motivación, aludida en el ordinal 5o. del artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos". Cf. S. CPCA, 14.03.88, caso: "Nelly M. Chirinos vs. Instituto Nacional del Menor", consultada en: RDP, EJV, Caracas, 1988, Nro.34, pp.85-86.

que la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos<sup>42</sup>.

#### *1.5.8.8.- Derecho al doble grado de instancia*

Es un principio general dentro del derecho administrativo sancionatorio, que antes de que la sanción sea impuesta, ha de concederse al imputado la posibilidad de alegar y probar todos los hechos que coadyuven en la defensa de sus derechos e intereses. En consecuencia, el derecho a ser oído, que como hemos visto es reconocido de manera expresa por la Constitución a toda persona y en cualquier clase de procedimiento o proceso (artículo 49, numeral 3), debe ejercerse antes de que se pronuncie el acto administrativo sancionatorio. Esto es lo que se ha llamado el derecho al *doble grado de instancia* en los procedimientos administrativos sancionatorios y que supone que el imputado no sólo pueda defenderse cuando ya la Administración ha impuesto la sanción, sino, principalmente, antes de que esto ocurra, es decir, durante el procedimiento administrativo constitutivo.<sup>43</sup>

42

Cf. S. Tribunal Constitucional Español, 17.06.81. En este orden de ideas la jurisprudencia ha expresado lo que sigue: "(...) En efecto, al exigírsele a la Administración que las sanciones deben imponerse mediante resolución motivada y con fundamento en las actas en la cuales se consignen los hechos relacionados con la infracción, se busca dejar sentado que los funcionarios actuantes ajusten su proceder a principios de legalidad y se cumpla en su actuación con el requisito de motivación indispensable para que el administrado conozca los hechos y fundamentos legales en que la Administración apoya su actuación permitiéndole conocer si actúa ajustada a la realidad de los hechos y, bien informada del derecho, pudiendo el administrado ejercer, así, su legítimo derecho a la defensa, si la actuación administrativa no responde a aquellos principios legales...". Cf. S. CSJ/SPA, 16.02.95, caso: "Nalco de Venezuela, C.A.", bajo la ponencia de la Magistrado Dra. Cecilia Sosa Gómez.

43

Sobre este particular, la jurisprudencia ha establecido lo siguiente: "Por lo que respecta a la presunta violación del primero de los derechos mencionados, esto es, el derecho a la defensa y al debido proceso, esta Sala observa que el presunto agravante señala en su informe que el agraviado sí tenía conocimiento de que la Administración estaba haciendo el análisis de la Resolución Nro. 310, que le asignara la ruta internacional Caracas-Liboa-Madrid-Roma y viceversa, lo cual deriva, según expone, de los escritos presentados en fecha 3 de junio de 1997, así como el dirigido al Procurador General de la República el 20 de mayo de 1997. Constata esta Sala que tal afirmación no atiene a las constancias en autos, por cuanto los alegatos en torno a la validez de la Resolución Nro. 310 contenidos en el escrito que fuera dirigido al Procurador General de la República por el Ministro de Transporte y Comunicaciones, no revela la intención del Ministerio a su cargo de declarar la revocatoria de dicha resolución, sino que, por el contrario, en la misma se afirma que tanto AVENSA como las demás líneas aéreas venezolanas tenían capacidad para explotar las rutas internacionales (...). Por otra parte, la decisión de revocar la decisión de revocar la Resolución Nro.310 fue tomada mediante la Resolución DM1028 del 7 de julio de 1997, sin que se notificase previamente a sus destinatarios de la apertura de un procedimiento contradictorio que les permitiese defender los intereses que con la misma se consagraban a

## CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

su favor infringiéndose así su derecho fundamental a la defensa, al no permitirle participar en el iter de una decisión que afectaría sus intereses. Ahora bien, este primer acto, cualquiera que sea la calificación que al mismo se intente darle, se pronuncia sobre uno de los efectos directos y necesarios de la Resolución Nro.310, negándolos y fundamentando tal negativa en la consideración de que la decisión de la cuestión no pudo haber creado derecho alguno ni producir efectos jurídicos, por cuanto era de imposible e ilegal ejecución. En consecuencia, con esta decisión se dictó un pronunciamiento que incide sobre la esfera jurídica de los solicitantes del amparo, afectando sus eventuales derechos, sin que se les hubiese permitido la defensa de los mismos durante un procedimiento formal, planteado en forma contradictoria. Este primer acto, una vez que ha hecho el pronunciamiento sobre la invalidez de la Resolución Nro. 310 y su consiguiente ineficacia, ordena la apertura de un procedimiento sumario en la forma prevista en el artículo 67 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos 'a los fines de pronunciarse sobre la legalidad de la referida resolución y sobre su revocación'. De allí que, en el texto de la decisión Ministerial en forma inmediata a la negativa de reconocimiento de efectos de la Resolución Nro.1310, lo que implica la declaración de su invalidez, se les informa a los interesados (quienes habían solicitado del organismo ministerial intervenir ante el Ministerio de Relaciones Exteriores para que éste comunicase a los países correspondientes a la ruta que le fuera asignada por la mencionada resolución, el contenido de la misma) que se decidió abrir un procedimiento sumario de cinco (5) días para que demuestren que tal resolución es válida. Choca indudablemente, incluso al menos versado en el campo jurídico, la contradicción e inconsecuencia del acto, por su evidente falta de coherencia conceptual, por cuanto ella puede hacerse efectiva una sanción y, en la misma oportunidad, requerirse del sancionado, ejerza su derecho a la defensa contra ella. De lo anterior emerge la flagrante evidencia de la violación al derecho a la defensa, con el agravante de una intención simulada de abrir un contradictorio que era a todas luces innecesario al haberse ya producido el pronunciamiento invalidante, lo cual resalta de los propios términos de la primera decisión. Por lo que atañe a la segunda decisión, en la misma no hay ningún elemento nuevo de juicio, sino que, a través de un brevísimo procedimiento sumario, la Administración simplemente confirma todos y cada uno de los elementos sobre los cuales se había precedentemente pronunciado. En efecto, la ausencia de voluntad real del Ministro de Transporte y Comunicaciones, de abrir un procedimiento administrativo contradictorio, una vez declarado como lo fuera la ineficacia de la Resolución Nro. 310, constituye un acto de simulación que se confirma con los recortes de prensa (...) que aparecen mencionados y transcritos en la sentencia de esta Sala del 7 de agosto de 1997, relativa a la admisión de la presente acción de amparo. Estas declaraciones, que fueron formuladas en el lapso que mediara entre la Resolución originaria y la reeditada -y que no han sido desvirtuadas por el Ministro de Transporte y Comunicaciones-, informan que el despacho a su cargo aspira a que las empresas que participen en el proceso de subasta de las rutas de Viasa, tengan las características que en las mismas se señalan. Igualmente, en la noticia periodística se comunicaron detalles, tales como la determinación de si las rutas serían subastadas en bloque o por separado; y se aludió a la posibilidad de que las empresas que compareciesen fuesen nacionales o en sociedad con compañías extranjeras. Todo lo anterior revela que existió un estado de total indefensión de la empresa destinataria del acto administrativo, inicialmente declarado ineficaz (...) y posteriormente anulado por la Resolución Nro. 006 del Ministerio de Transporte y Comunicaciones. Ahora bien, es indiscutible que la Resolución Nro. 310 que le confirió a AVENSA las rutas internacionales, creó en ella, por lo menos, una expectativa de derechos. En efecto, esta Sala no puede calificar en esta sede de amparo, la titularidad de la actora como la de un derecho subjetivo o como la de un interés, por cuanto tal calificación sólo puede derivar del examen de los eventuales vicios que le fueron imputados al acto generador de sus pretensiones, esto es, de la Resolución Nro.310 y, en el caso de que tales vicios existiesen, de la naturaleza de los mismos, es decir, de si podían o no ser subsanados. Los aspectos mencionados no pueden ser materia de la decisión de una acción de amparo que, como en el caso presente, se limita a constatar que el presunto agravante tenía una situación aparentemente protegida por un acto administrativo publicado en la Gaceta Oficial y dotado de una presunción de legitimidad, capaz de crearle, por lo menos, un interés personal, legítimo y directo a su destinatario. En consecuencia, la aludida situación no

## 9.2.- Prohibición del *solve et repete*

Normalmente las sanciones administrativas consisten en la imposición de multas, es decir, de cantidades de dinero que debe pagar el infractor al ente que posea la potestad sancionatoria, de acuerdo con la ley de que se trate. En el pasado, quien era objeto de un sanción pecuniaria, debía pagar primero el monto de la multa, para intentar cualquier recurso administrativo o acción judicial contra el acto administrativo correspondiente. Este principio, denominado *solve et repete* (paga y luego reclama lo pagado), suponía, sin la menor duda, una limitación de carácter económico al ejercicio del derecho a la defensa, constitucionalmente garantizado y, por tal motivo, la jurisprudencia más preclara no dudó en declarar su contrariedad al texto constitucional.<sup>44</sup>

Hechas estas precisiones conceptuales introductorias con respecto a las sanciones administrativas en general, pasamos de seguidas a analizar el régimen sancionatorio previsto en la LOT.

---

podía ser afectada a espaldas del beneficiario sin que mediara un procedimiento contradictorio, verdadero y propio, no simulado ni predeterminado en sus resultados en la forma en que se realizara, como ha quedado demostrado. El derecho a la defensa que las modernas corrientes subsumen dentro de la noción más amplia del derecho al debido proceso, extendiéndolo tanto al campo jurisdiccional como a la esfera administrativa, es un derecho fundamental que nuestra Constitución protege y que es de tal naturaleza, que no puede ser suspendido en el ámbito de un estado de derecho, por cuanto configura una de las bases sobre las cuales tal concepto se erige". Cf. S. CSJ/SPA, 18.08.97, caso: "Aerovías Venezolanas", bajo la ponencia de la Magistrado Dra. Hildegard Rondón de Sansó.

44

"El artículo 137 de la Ley Orgánica de Aduanas consagra, ciertamente, el principio 'solve et repete': condiciona, en efecto, la posibilidad de apelación, al afianzamiento previo. En tanto observa la Corte, que el artículo 68 de la Carta Magna postula, con ejemplar criterio de amplitud, el derecho universal a la defensa, cuando confiere rango constitucional al acceso sin limitaciones económicas, de los justiciables ante los órganos de la administración judicial para lograr la tutela de sus derechos e intereses; garantía fundamental que —en criterio de la Sala— se vería afectada, de aplicarse cualquier norma que pretendiera limitarla o desvirtuarla en su propia esencia. Los términos de la norma superior son, sin lugar a dudas, contundentes: (...). En tales circunstancias, observa la Sala, la inmotivada restricción (derivada del principio *solve et repete*), constituiría una declaración precaria del legislador que debe ser desatendida por el juez vista su inconstitucionalidad (...). Se revela, en efecto, el principio como una indebida restricción legal al derecho constitucional a la defensa, consagrado en el artículo 68 de la Carta Magna que, si bien remite al legislador la regulación y concreción de la garantía, no deja en sus manos la esencia de la misma, pues eso sería desnaturalizar la consagración directa por nuestra Ley Fundamental de un conjunto de derechos (que lo son en la medida en que puedan exigirse a un sujeto concreto —obligado— acudiendo a la autoridad de un juez u 'órgano de la administración de justicia') intangibles, y destruir de esta manera nuestro peculiar sistema constitucional en el que incluso cada juez (control difuso) puede declarar, en un caso concreto, que ha de atenderse preferentemente a la exigencia que la propia Constitución consagra, y no a la contraria que una ley pretenda imponer". Cf. S. CSJ/SPA, 14.10.90, caso: Scholl Venezolana, C.A.

## II CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL REGIMEN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS PREVISTO EN LA LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES

De acuerdo con el artículo 2 de la LOT, algunos de los objetivos fundamentales de dicha Ley consisten en defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de telecomunicaciones<sup>45</sup>, en adecuadas condiciones de calidad; hacer posible el uso efectivo, eficiente y pacífico de los recursos limitados de telecomunicaciones tales como la numeración y el espectro radioeléctrico<sup>46</sup>, así como la adecuada protección de este último; y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Servicio Universal, calidad y metas de cobertura mínima uniforme, y aquellas relativas a seguridad y defensa, en materia de telecomunicaciones.

Adicionalmente, de conformidad con lo previsto en el artículo 5, el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones, se consideran actividades de interés general<sup>47</sup>, para cuyo ejercicio se requiere la obtención previa

45 El artículo 4 de la LOT define las telecomunicaciones como: "...toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos, u otros medios electromagnéticos afines, inventados o por inventarse..."

46 El artículo 4 de la LOT, define el espectro radioeléctrico como "...el conjunto de ondas electromagnéticas cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de tres mil gigahertz (3000 Ghz) y que se propagan por el espacio sin guía artificial". Además, de acuerdo con el artículo 7, ejsudem, el espectro radioeléctrico es un bien del dominio público de la República, para cuyo uso y explotación debe contarse con la respectiva concesión, de conformidad con la ley.

47 La conceptualización del interés público o interés general, no obstante su trascendental importancia en la teoría general del Derecho Administrativo ha sido siempre una tarea difícil. El interés supone la existencia de algo que puede ser una cosa o un bien que es importante para una persona, porque le supone un valor, un provecho, un beneficio, una utilidad, que esa persona aprecia como tal y que por tanto aspira obtener y conservar para sí. Ese interés pasa a constituirse en público cuando no es privativo de una sola persona sino que se refiere a un número indeterminado de individuos de una colectividad; lo público entonces no atiende a que el interés sea invocado por una persona jurídico-pública; antes bien, es su radicación en la colectividad, en un conjunto de individuos identificados por una aspiración común, en el público, lo que le da tal carácter. Entonces, cuando en una colectividad determinada convergen los intereses privados y particulares de un grupo de individuos en la identificación de un bien de la vida que les es valioso y que por tanto desean tener y conservar, surge el interés público en algo, el deseo o más bien la necesidad

de obtener un provecho común. Ese interés, al constituirse en la expresión volitiva de la mayoría o, al menos, de un grupo muy importante del colectivo social, debe ser atendido y satisfecho por alguien; ordinariamente por quien tiene a su cargo la satisfacción de las necesidades más importantes y primordiales de los administrados: la Administración Pública. En este sentido ha dicho la jurisprudencia que el interés público es la expresión común de los intereses privados y su importancia nace de la supremacía que lo público tiene sobre lo privado, no por ser distinto sino por ser general (Cf. S. CPCA 17.04.80). En la doctrina francesa la autorizada pluma del profesor VEDEL, alerta sobre la necesidad de no cometer dos errores en la definición del interés público. El primero de ellos referido a la creencia de que el interés público no es más que la suma de los intereses particulares, como la afirma la sentencia de la CPCA antes citada, porque la aviesa o banal pretensión de muchos no podría jamás identificarse con un bien de la vida querido por todos. El segundo error, más sutil, radicaría en pensar que el interés público no tiene nada que ver con los individuos o con los grupos que componen la nación. Para VEDEL, el interés público no es distinto en esencia del interés de las personas o los grupos, él resulta de un arbitraje entre los diversos intereses particulares y tal arbitraje se realiza según dos directivas, una veces será el del grupo más numeroso, otras veces el establecimiento del mismo se hará sobre la base de una valoración cualitativa o y no cuantitativa. En primer término, será la Constitución la que defina el interés público en sus diversas manifestaciones, luego la ley y finalmente la Administración en aquellos casos que no estén reservados al legislador (VEDEL, G. Derecho Administrativo. Aguilar, Madrid, 1980, (tr. 6a. Ed. francesa: Juan Rincón Jurado), p.257 y ss.). Obviamente, cuando la Constitución, la ley o la Administración determinan que el interés público está presente en determinada situación, no hacen más -al menos así debería ser- que recoger lo que es la voluntad del grupo social de que se trate. Cuando no existe concordancia entre lo que la Constitución, la ley o la Administración entienden por interés público, y la verdadera voluntad del colectivo, entonces la necesidad, el deseo, la aspiración que subyace siempre en el interés público, no es debidamente satisfecha. En la doctrina latinoamericana la autorizada pluma del profesor GORDILLO rechaza la afirmación de que el interés público es el interés de un conjunto de habitantes tomado como masa. Señala, acertadamente, que el interés público es sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes; dice que sólo hay interés público cuando entre una mayoría de individuos, cada uno puede escindir del mismo su interés individual; así, el interés público en que cada individuo no pueda encontrar su porción de interés individual es, afirma, una falacia (GORDILLO, A. Estudios de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 1963, p.46 y ss.). En Venezuela, la jurisprudencia no ha sido muy prolífica en la conceptualización del interés público. Al contrario, normalmente suele invocar el interés público como presupuesto de otros conceptos fundamentales del Derecho Administrativo, pero sin decir exactamente qué es. Por ejemplo, la CSJ en SPA ha dicho, siguiendo a GARRIDO FALLA, que está en juego el **interés público** siempre que la Administración contrata sobre un objeto que le está atribuido como competencia propia por el ordenamiento vigente que le concede simultáneamente poderes de ejecución (Cf. S. CSJ/SPA 01.04.86, caso: María Pérez Martínez vs. República, consultada en la RDP, Ed. Jurídica Venezolana, N.26, p.114.). O sea, aquí el interés público se vincula con todo aquello que sea competencia de la Administración. No compartimos esta posición que sin duda hipertrofia el concepto de interés público, al asociarlo a todas las funciones que la Ley atribuye a la Administración y además, lo desvincula de su esencia, a saber, la sumatoria de los intereses individuales coincidentes en la querencia de un bien de la vida necesario. Fuera de este ámbito, ya en el campo del derecho sustancial, la jurisprudencia se ha referido al interés público que el propio legislador predica con respecto a la regulación que atañe a determinada actividad, como sucede, por ejemplo, en el campo de las telecomunicaciones. En la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad que tiene el Ejecutivo de restringir la publicidad sobre bebidas alcohólicas y cigarrillos a través de las estaciones de radiodifusión sonora o audiovisual, la jurisprudencia ha reconocido que por mandato del propio legislador queda reservada al Estado la facultad de orientación y control de las emisoras de radio y televisión, dado el impacto indudable que tienen sobre el público los mensajes transmitidos por ellas, con la finalidad de que cumplan una necesidad de efectivo progreso y de que no atenten contra las leyes, el orden público, la salud de la población y en general contra los intereses

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS SANCIONES  
ADMINISTRATIVAS EN LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

de una habilitación administrativa<sup>48</sup> y concesión de ser necesaria.

Para garantizar estos objetivos fundamentales, la LOT contiene un régimen sancionatorio que procura, justamente, combatir todas las conductas disvaliosas que ponen en peligro la consecución de los señalados propósitos. Es lógico que así sea pues de lo contrario habría que esperar que los particulares acataran, estrictamente y sin desviación alguna, las limitaciones, prohibiciones, deberes y obligaciones que les impone la Ley, lo cual sin duda sería una posición exageradamente optimista.

No siendo ésta una aspiración lógica ni congruente con la experiencia cotidiana, ha de entenderse que el ente regulador debe contar las herramientas disuasivas y represivas que sean necesarias, para asegurar la estabilidad y pleno cumplimiento del régimen jurídico de las telecomunicaciones.

Pero además de todo lo dicho, el ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria por parte del Poder Público Nacional a través del ente regulador correspondiente, es la lógica consecuencia del carácter instrumental que tiene dicha potestad con respecto a las competencias sustantivas atribuidas por la LOT a dicho Poder Nacional, al cual concierne, como lo dispone el artículo 3, *ejusdem*, el régimen integral de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico.

Conforme a todo lo expuesto, veamos de seguidas cómo está estructurado el régimen de las sanciones administrativas en la LOT, comenzando por establecer cuál es el órgano titular de la potestad

---

superiores de la colectividad. En la decisión que se comenta, aunque la CSJ no dice qué es el interés público, expresa que las necesidades de cada época, la evolución de las costumbres, la defensa de la cultura y de los **intereses superiores de la comunidad** son conceptos variables que corresponde en cada oportunidad al Ejecutivo apreciar en su debida importancia y magnitud para hacer uso de la facultad general de reglamentación de determinada actividad (Cf. S. CSJ/SPA 28.10.82, consultada en la RDP, Ed. Jurídica Venezolana, Nro.12, p.135 y ss.). De allí que el interés público, según lo reconoce la propia jurisprudencia, no es un concepto inmutable, varía según cambien las circunstancias, las costumbres, las realidades sociales, políticas, económicas, históricas, etc., que le han dado origen. Como puede verse de todo lo expuesto, nos enfrentamos con un concepto penetrado por circunstancias históricas, socio-políticas, económicas y culturales, que cambian de lugar en lugar y de una época a otra.

48

Según el artículo 16 de la LOT, la habilitación administrativa es el título que otorga la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para el establecimiento y explotación de redes para la prestación de servicios de telecomunicaciones, a quienes hayan cumplido los requisitos previstos en la Ley.

sancionatoria; luego, describiendo el procedimiento administrativo sancionatorio especial previsto en este instrumento legal; y, finalmente, haciendo una breve referencia y algunos comentarios a los ilícitos administrativos tipificados en la Ley y las sanciones correspondientes.

### **2.1.- Órgano titular de la potestad sancionatoria**

De acuerdo con el artículo 34 de la LOT, el órgano *rector* de las telecomunicaciones en Venezuela, es el Ministerio de Infraestructura, correspondiéndole en tal carácter el establecimiento de las *políticas, planes y normas generales* que han de aplicarse en el sector de las telecomunicaciones, de conformidad con la ley y con los planes de desarrollo que establezca el Ejecutivo Nacional.<sup>49</sup>

Ahora bien, las competencias concretas que supone la aplicación del régimen jurídico de las telecomunicaciones, han sido conferidas a un ente descentralizado funcionalmente denominado Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), el cual cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propio distinto e independiente del de la República.

A este ente corresponde el ejercicio del poder de policía administrativa en materia de telecomunicaciones, tal como se deduce de lo dispuesto en el artículo 37, numeral 10, de la LOT y, como lógica consecuencia, es el ente titular de la potestad sancionatoria en dicha materia<sup>50</sup>, sin perjuicio de las facultades conferidas por la Ley al Ministerio de Infraestructura. En concreto, son manifestaciones de la potestad administrativa sancionatoria de CONATEL, de acuerdo con el referido artículo 37, las siguientes competencias del ente regulador:

- a.- Otorgar, *revocar* y *suspender* las habilitaciones administrativas y concesiones, salvo cuando ello corresponda al Ministro de Infraestructura de conformidad con la Ley (numeral 10).

---

<sup>49</sup> Esta norma constituye el desarrollo específico de la competencia atribuida a dicho Ministerio por el artículo 48 de la Ley Orgánica de la Administración Central.

<sup>50</sup> "La actividad de policía administrativa puede, ciertamente, suponer la imposición de sanciones por parte de la Administración. En este ámbito, la aplicación de los principios desarrollados a la luz del derecho Penal a la actividad punitiva de la Administración es cuestión ampliamente sostenida por la doctrina, y que nuestro más Alto Tribunal y esta Corte han sostenido reiteradamente...". Cf. S. CPCA, 12.07.95, caso: "Merck, Sharp & Dohme de Venezuela, C.A", exp.16.613.

- b.- Abrir, de oficio o a instancia de parte, sustanciar y decidir los *procedimientos administrativos relativos a presuntas infracciones* a la ley y los reglamentos, así como *aplicar las sanciones* previstas en ésta y aplicar los correctivos a que haya lugar (numeral 13).
- c.- Dictar *medidas preventivas*, de oficio o a instancia de los interesados, en el curso de los procedimientos administrativos que se sigan ante ella, cuando así lo requiera el caso concreto (numeral 14).

## **2.2.- Procedimiento administrativo sancionatorio**

Para la imposición de las sanciones administrativas previstas en la LOT, ésta regula un procedimiento administrativo especial, caracterizado fundamentalmente por su brevedad y, especialmente, por la posibilidad conferida al ente regulador de aplicar medidas cautelares y medidas provisionálísimas, en los supuestos y bajos los requisitos que más adelante se analizarán. Los aspectos no regulados por este procedimiento especial, son cubiertos mediante la aplicación supletoria de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, según lo dispone el artículo 204 de la LOT.

### **2.2.1.- Principios orientadores del procedimiento**

Las normas reguladoras del procedimiento administrativo sancionatorio, previstas en los artículos 176 y siguientes de la LOT, comienzan por declarar los principios que deben orientar dicho procedimiento, señalando el artículo 176 que CONATEL ejercerá su potestad sancionatoria atendiendo a los principios de legalidad, imparcialidad, racionalidad y proporcionalidad. Huelga decir que, además de estos principios, son aplicables todos los principios, garantías y derechos constitucionales a los cuales nos referimos en la primera parte de estas notas y todos aquellos que informan el procedimiento administrativo en general.

### **2.2.2.- Iniciación**

Conforme a lo dispuesto en el artículo 177 de la LOT, los procedimientos para la determinación de las infracciones se iniciarán por

denuncia, de oficio, o por iniciativa de CONATEL. La apertura del procedimiento sancionatorio se producirá, según lo establece el artículo 178 de la LOT, mediante un acto administrativo de trámite dictado por el Director General de CONATEL, oída la opinión del Consultor Jurídico del organismo.

En sintonía con lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución, señala el artículo 179 de la LOT que el acto administrativo de trámite que da inicio al procedimiento administrativo sancionatorio, debe establecer con claridad los hechos imputados y las consecuencias que pudiesen desprenderse de la constatación de los mismos.

Asimismo, a los fines de garantizar el pleno ejercicio del derecho a la defensa también garantizado en el artículo 49 de la Constitución, el referido acto de apertura debe emplazar al presunto infractor para que en un lapso no mayor de quince días hábiles consigne los alegatos y pruebas que estime pertinentes para su defensa.

Recuérdese que siendo éste un procedimiento administrativo y no un proceso judicial de naturaleza adversarial y aunque la LOT no diga nada al respecto, rigen aquí los principios de exhaustividad, impulsión de oficio y búsqueda de la verdad material sobre la verdad formal, de tal manera que aun cuando es una carga del imputado aportar todos los alegatos que apuntalen su defensa, no queda liberada la Administración de conocer otros hechos que no han sido traídos al procedimiento por el interesado y que contribuyan a una más clara decisión del asunto, tal como se desprende de la interpretación concordada de los artículos 53 y 54 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En cuanto concierne al ejercicio del derecho constitucional a la aportación y evacuación de pruebas, ha de tenerse presente que, como se dijo en la primera parte de este análisis, impera en todo procedimiento administrativo el principio de la *libertad probatoria* por cuya virtud el interesado puede traer a la Administración todos los medios de prueba *legales y pertinentes* para demostrar sus afirmaciones.

Adicionalmente, en el ejercicio del derecho a la prueba, el imputado en un procedimiento administrativo sancionatorio se encuentran también amparado por las novedosas normas consagradas por la Ley de

Simplificación de Trámites Administrativos. Así, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 12, 13, 14 y 23 de la referida Ley:

- a.- La Administración (en este caso CONATEL), no puede exigir a los administrados pruebas distintas o adicionales a aquellas expresamente señaladas por la ley (artículo 12 LSTA). Esta norma trata de prever la aportación al expediente de medios de prueba creados *ad hoc* por parte de la Administración, como únicos válidos para demostrar ciertos hechos. Así, independientemente de cualquier clase de reglamentación especial que dicte el ente regulador, el administrado siempre podrá valerse, para demostrar sus defensas, de la prueba documental, de testigos, de una experticia, de la inspección judicial, del experimento judicial, de la prueba de informes y de cualquier otro medio de prueba que no sea *ilegal* ni *impertinente*.
- b.- La Administración no puede exigir la aportación de pruebas para demostrar hechos que no han sido controvertidos, es decir, sobre los cuales no hay desacuerdo alguno entre ésta y el administrado, resultando cualquier prueba al respecto totalmente inoficiosa o inútil (artículo 13 LSTA). Pero este principio no se queda allí, sino que tiene una connotación mucho más importante y que se conecta específicamente con el principio de la buena fe. De acuerdo con éste, la declaración dada por el administrado a la Administración, se presume verdadera de tal manera que no es posible exigir la aportación de prueba alguna para demostrarla; antes bien, es a la Administración a quien corresponde demostrar la falsedad de la misma, si ese fuere el caso, mediante la incorporación al procedimiento administrativo de las pruebas correspondientes.
- c.- La Administración está obligada a aceptar la presentación de documentos privados en sustitución de instrumentos públicos y de copia simple o fotostática en lugar de original o copia certificada de documentos que hayan sido protocolizados, autenticados o reconocidos judicialmente, salvo los casos expresamente señalados en la ley.

d.-La Administración no puede exigir la presentación de copias certificadas o fotocopias de documentos que ésta tenga en su poder, o de los que tenga la posibilidad legal de acceder.

#### 2.2.3.- Reapertura del plazo para la defensa ante nuevas imputaciones

El artículo 179 de la LOT contempla el caso de que durante el curso del procedimiento administrativo sancionatorio, la Administración determine que los hechos que dieron lugar a la apertura del mismo, son constitutivos de otros hechos ilícitos tipificados en la Ley pero que no fueron señalados en el acto original de apertura. En este caso, y en perfecta sintonía con la garantía constitucional del debido proceso, CONATEL debe notificar al presunto infractor sobre las nuevas imputaciones que se le hacen, otorgándole un plazo no mayor de quince días hábiles para consignar sus alegatos y pruebas con respecto a dichas nuevas imputaciones.

Lo que interesa destacar de esta norma es que, en ningún caso, la decisión que pone fin al procedimiento sancionatorio puede fundamentarse en hechos que no fueron notificados al presunto infractor para que éste conviniera en tales hechos o aportare la prueba de su falsedad, es decir, si se abrió un procedimiento sancionatorio imputándose al inculpaado el ilícito administrativo tipificado en el artículo X, la decisión sancionatoria no puede basarse en la demostración de esta infracción y también de la prevista en el artículo Y, si antes no se dio oportunidad al administrado para que se defendiera de esta nueva acusación.

#### 2.2.4.- Procedimientos paralelos

De acuerdo con el artículo 178 de la LOT, si en un caso concreto concurren un conjunto de hechos presuntamente constitutivos de distintas infracciones cometidas por uno o varios sujetos, CONATEL puede, por razones de mérito u oportunidad, iniciar un procedimiento sancionatorio por cada una de las presuntas infracciones y sujetos o acumularlos.

La verdad sea dicha la multiplicación de procedimientos sancionatorios es una práctica contraria a los intereses tanto de la Administración como de los presuntos infractores. La Administración

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS SANCIONES  
ADMINISTRATIVAS EN LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

debe emplear mayores recursos en la atención de varios procedimientos conexos, sacrificando así la economía, eficacia y celeridad que deben orientar sus actuaciones (artículos 141 de la Constitución, 9 de la Ley Orgánica de la Administración Central, 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 4, 5 y 25 de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos). Por su parte, el imputado, ve dificultada su defensa frente a los cargos formulados, al ser compelido a atender varios procedimientos a la vez.

Sin embargo, el peligro más patente en esta atomización innecesaria del procedimiento sancionatorio es que CONATEL arribe a decisiones contradictorias, lo cual no es de extrañar en una Administración como la nuestra que no se caracteriza precisamente por su orden, organización y fluida comunicación interna.

Esa es la razón por la cual el artículo 52 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos -que como hemos dicho es aplicable supletoriamente por mandato del artículo 204 de la LOT- establece que cuando un asunto sometido a la consideración de una oficina administrativa tenga relación íntima o conexión con cualquier otro asunto que se tramite en dicha oficina, puede el jefe de la dependencia, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la acumulación de ambos expedientes, a fin de evitar decisiones contradictorias.

#### 2.2.5.- Procedimientos paralelos en virtud de hechos nuevos

Dispone el artículo 179 de la LOT que si durante el curso del procedimiento administrativo sancionatorio abierto, el ente regulador detecta hechos no constatados originalmente y que no tienen relación con el mismo, pero que pudiesen ser constitutivos de infracciones, el Director General de CONATEL ordenará la apertura de otro procedimiento sancionatorio.

A diferencia del caso anterior, en este supuesto sí puede justificarse la existencia de dos o más procedimientos, en tanto los ilícitos investigados no tendrían conexión entre sí, de tal manera que en ningún caso podrían producirse decisiones contradictorias sobre los mismos hechos.

### 2.2.6.- Sustanciación del procedimiento

Establece el artículo 180 de la LOT, que una vez ordenada la apertura del procedimiento corresponde a la Consultoría Jurídica de CONATEL la realización de todas las actuaciones necesarias para la sustanciación del mismo, salvo el decidir acerca de la aplicación de las medidas provisionales o cautelares previstas en los artículos 182 y 183, las cuales corresponde aplicar al Director General de dicho organismo.

La sustanciación del expediente debe concluirse dentro de los treinta (30) días continuos siguientes al auto de apertura, pero podrá prorrogarse hasta por diez días cuando la complejidad del asunto así lo requiera.

No precisa esta norma si cuando los plazos anteriores son excedidos sin que haya concluido la sustanciación, perime el procedimiento administrativo sancionatorio, tal como debería ocurrir. Sin embargo, la lectura del artículo 185 de la LOT nos permite afirmar que la única consecuencia de no haber concluido la sustanciación en los plazos indicados, es la obligación de pasar de inmediato tal expediente del caso al Director General de CONATEL para que éste dicte el acto administrativo definitivo, dentro de los quince días siguientes a la recepción de dicho expediente.

### 2.2.7.- Potestades de Investigación durante la sustanciación del procedimiento

En la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio CONATEL tiene las más amplias potestades de investigación, rigiéndose su actividad por el principio de libertad de prueba (artículo 181 LOT). Dentro de la actividad de sustanciación la Consultoría Jurídica de CONATEL puede realizar, entre otros, los siguientes actos:

- a.- Citar a declarar a cualquier persona en relación con la presunta infracción.

En este caso conviene tener presente la garantía prevista en el artículo 49, numeral 5, de la Constitución, de acuerdo con la cual ninguna persona puede ser obligada a confesarse culpable o a declarar contra sí

misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Una garantía similar ampara a quienes, de acuerdo con la Ley, pueden invocar el secreto profesional (*i.e.* abogados, contadores públicos, etc.).

- b.- Requerir de las personas relacionadas con el procedimiento, documentos o información pertinente para el esclarecimiento de los hechos.

Como la propia norma lo indica, la información requerida debe ser *pertinente* es decir, aquella que guarde relación *directa* con los hechos investigados y que, por tanto, sirva para ilustrar el juicio de la Administración. No se trata pues de una *patente de corso* para requerir al sujeto investigado cualquier clase de información o documentos que éste posea y pudiese tener en su poder, sino única y exclusivamente de aquellos que podrían servir para que la decisión administrativa correspondiente fuere lo más cercana posible a la verdad material.

- c.- Emplazar, mediante la prensa nacional o regional, a cualquier persona interesada que pudiese suministrar información relacionada con la presunta infracción. En el curso de la investigación cualquier particular podrá consignar en el expediente administrativo, los documentos que estime pertinentes a los efectos del esclarecimiento de la situación.

Ahora bien, en el supuesto que en el expediente administrativo sean consignadas pruebas por terceros ajenos al procedimiento, que están relacionadas con los hechos investigados, el imputado tiene el derecho de imponerse del contenido de tales pruebas, a los fines de controlar y contradecir aquellas que le desfavorezcan y aprovecharse de aquellas que le beneficien. Si no se brinda la oportunidad y el tiempo necesario para que el imputado acceda a estas pruebas y conozca su contenido; si las mismas son promovidas y evacuadas a espaldas del presunto infractor, de tal suerte que éste no haya podido tenerlas en cuenta para ejercer su defensa, tales pruebas y la decisión que sobre la base de las mismas se adopte, serán absolutamente nulas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49, numeral 1, de la Constitución en concordancia con el artículo 19, ordinal 1ro., de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

- d.- Solicitar a otros organismos públicos información relevante respecto a las personas involucradas, siempre que la información que ellos tuvieren, no hubiere sido declarada confidencial o secreta de conformidad con la ley.

Esta norma no es más que un reflejo del deber de impulsión de oficio que tiene la Administración en todo procedimiento administrativo y en especial en uno de carácter sancionatorio, y que se deriva con meridiana claridad de lo dispuesto en los artículos 54 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y 23 de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos.

En cuanto a la declaratoria de confidencialidad o carácter secreto de la información, recuérdese todo lo que se dijo con anterioridad sobre la libertad de consulta del expediente administrativo y el derecho constitucional al libre acceso a las pruebas. Estas garantías fundamentales tienen una trascendencia tal para la preservación del derecho a la defensa que se imponen sobre la potestad de los órganos del Estado de declarar confidenciales o secretos determinados documentos o informaciones, pues esta potestad de mirarse como exorbitante y resueltamente excepcional, al punto que debe ser ejercitada mediante la emanación de un acto administrativo de trámite pero suficientemente motivado que por su virtualidad para causar indefensión, podrá ser impugnado en forma aislada ante el juez contencioso administrativo, e incluso susceptible de ser atacado mediante la acción de amparo constitucional si la urgencia del caso así lo justifica.

- e.- Realizar las inspecciones que considere pertinentes, a los fines de la investigación.

No cabe duda que la Administración debe estar dotada de estas facultades, en especial en una materia como la de las telecomunicaciones en la cual el uso de equipos de alta tecnología exige una mayor inmediación por parte de los funcionarios actuantes, es decir, un contacto directo de éstos con los lugares y las cosas a través de las cuales se pueden estar ejecutando conductas violatorias de las normas de la LOT.

Ahora bien, en el ejercicio de esta legítima función, CONATEL debe respetar la garantía de la inviolabilidad de los recintos privados,

prevista en el artículo 47 de la Constitución; de tal suerte que si para la práctica de una inspección, el ente regulador no cuenta con la anuencia del propietario del inmueble sujeto a inspección, ésta no podría llevarse a cabo sin autorización judicial.

No obstante lo expuesto y como veremos más adelante, el artículo 165, numeral 4, de la LOT, tipifica como uno de los hechos ilícitos que puede dar lugar a la imposición de una multa de hasta treinta mil unidades tributarias (30.000 UT), la negativa a permitir a funcionarios de CONATEL debidamente autorizados e identificados, el acceso a las instalaciones, equipos o documentación que según dicha Ley le corresponda inspeccionar o auditar. Es claro que una multa de esta naturaleza desalienta cualquier intento de invocar la garantía constitucional a la inviolabilidad de los recintos privados y constituye, por ello, una forma legal, pero sin duda inconstitucional, de doblegar la voluntad de ejercitar un derecho fundamental.

f. Evacuar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos objeto del procedimiento sancionatorio.

Esta también es una facultad cuyo fundamento se encuentra en el deber de impulsión de oficio que recae sobre la Administración y que, sobre todo, está vinculada al principio de búsqueda de la verdad material sobre la verdad meramente formal, todo de acuerdo con el artículo 53 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

#### 2.2.8.- Medidas cautelares

En el curso de los procedimientos administrativos sancionatorios CONATEL puede dictar las medidas cautelares a que se refiere el artículo 183 de la LOT, a cuyos efectos debe realizar una ponderación entre los perjuicios graves que pudiesen sufrir los operadores y usuarios afectados por la conducta del presunto infractor, respecto de los perjuicios que implicaría para éste la adopción de dicha medida, todo ello en atención a la presunción de buen derecho que emergiere de la situación.

Ciertos ilícitos administrativos tipificados en la LOT pueden ser la causa eficiente de daños graves e irreparables que es preciso evitar de manera urgente. En tal sentido, esperar la culminación del procedimiento administrativo sancionatorio previsto en la LOT para poner fin a las

conductas disvaliosas que dicha Ley sanciona, puede significar que los referidos daños se consumen sin que sea factible revertir o reparar sus consecuencias. Así, para conciliar la necesaria tramitación del procedimiento en todas sus fases, con la imperiosa necesidad de evitar un posible perjuicio irreparable, surgen las medidas cautelares o preventivas como herramientas idóneas para que, sin anticipar la decisión final del asunto, se protejan preventivamente los derechos e intereses de quienes podrían resultar afectados por las infracciones de la Ley que están siendo investigadas.

Tomando en consideración los postulados de la teoría general de las medidas cautelares, el artículo 182 de la LOT establece los dos clásicos requisitos que han de ser satisfechos por la Administración para adoptar en el curso de un procedimiento administrativo sancionatorio, *medidas cautelares* contra el supuesto infractor. Tales requisitos son el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho<sup>51</sup> y el *periculum in damni* o peligro de daño<sup>52</sup>.

#### 2.2.8.1.- Medidas adoptables

Las medidas cautelares que puede adoptar CONATEL según el artículo 183, atendiendo a los parámetros establecidos en el artículo 182, son las siguientes:

<sup>51</sup> En el ámbito procesal, que es el único en el cual corresponde hablar con propiedad de medidas cautelares, la primera apreciación que debe hacerse a los fines de dictar tales medidas sobre la **aparente existencia del derecho** invocado por el solicitante de la medida. Tal apariencia no puede derivar únicamente, como es lógico entenderlo, de la simple afirmación del interesado, pues ello significaría un enorme riesgo, al abrir la puerta de las providencias cautelares a las pretensiones más infundadas y temerarias. A la inversa, prescindir de cualquier examen, aunque sea sumario y superficial, podría también conducir a desechar medidas urgentes y necesarias, basadas en sólidas pruebas. Lo que sí es cierto, es que la cognición cautelar que recae sobre el derecho, se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y verosimilitud; vale decir, que la declaración del derecho sólo puede alcanzarse mediante el oportuno ejercicio de la acción destinada a tal fin, la consecuente instauración del proceso donde se dilucida el debate procesal correspondiente, y la intervención final de la jurisdicción a través del acto que pone fin al camino recorrido: la sentencia. En sede cautelar basta entonces que el juez aprecie la existencia de un derecho que aparezca verosímil, al punto de existir altas probabilidades de que una sentencia de fondo así lo declarase.

<sup>52</sup> Las medidas precautorias no sólo van encaminadas a proteger y salvaguardar la ejecución del fallo, sino también, a impedir que una de las partes cause o se siga causando graves daños al derecho de la otra, durante el iter del proceso judicial. En este caso, la medida cautelar dictada por la Administración persigue detener el daño que está causando o impedir el daño que puede llegar a causar la conducta disvaliosa imputada al presunto infractor objeto de la medida.

- 1.- Ordenar la suspensión inmediata, total o parcial de las actividades presuntamente infractoras de la Ley.
- 2.- Ordenar la realización de actos o actuaciones en materia de Servicio Universal, interconexión, derecho de vía, restablecimiento de servicios, facturación de servicios, seguridad y defensa.
- 3.- **Proceder a la incautación de los equipos empleados y clausura de los recintos o establecimientos donde se opere, cuando se trate de actividades presuntamente clandestinas que impliquen el uso del espectro radioeléctrico.**

Las medidas a que se refiere este artículo pueden ser dictadas por CONATEL, con carácter provisionalísimo, en el acto de apertura del procedimiento administrativo sancionatorio sin cumplir con los extremos a que se refiere el artículo 182, cuando razones de urgencia así lo ameriten. Este adjetivo en modo superlativo es usado por el legislador para denotar que estamos frente a unas medidas excepcionales que sólo pueden adoptarse cuando es imposible entrar en ninguna clase de análisis sobre la procedencia de la medida pues la más mínima pérdida de tiempo, puede permitir que la conducta contraria a la Ley que supuestamente se está ejecutando, cause un daño irreparable.

Por esa razón es que tan pronto la medida es ejecutada, CONATEL tiene que pronunciarse sobre su carácter cautelar, confirmando, modificando o revocando la medida adoptada y en ese pronunciamiento tiene que analizar si ciertamente existe un derecho que proteger y si esa protección debe ser tan urgente que es necesario que se aplique una medida cautelar durante el curso del procedimiento administrativo sancionatorio. Aunque la Ley no lo dice, el sujeto pasivo de la medida provisionalísima puede oponerse a la misma, en los mismos términos en que puede hacerlo frente a las medidas cautelares ordinarias.

La Ley contempla otro supuesto en el cual se pueden acordar las llamadas medidas provisionalísimas apenas comenzando el procedimiento administrativo sancionatorio, y es el caso en que la infracción imputada sea la explotación o prestación de un servicio sin la habilitación administrativa o la concesión correspondiente. La urgencia en detener

una situación en tal grado irregular es evidente y por eso la protección cautelar debe ser inmediata, sin trámite alguno que la retarde, pues, como hemos dicho, decretada la medida CONATEL debe pronunciarse perentoriamente sobre si la revoca, la modifica o la mantiene.

#### 2.2.8.2.- Procedimiento

##### a.- Oposición

Como ocurriría en el caso de una propia y verdadera medida cautelar, en las previstas en la LOT se contempla un procedimiento y, concretamente, una oportunidad para que aquel contra quien obra la medida o cualquier interesado, se oponga a la misma, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación que de la medida se haga a la parte contra la cual ésta obre.

Si ocurre la oposición, debe abrirse una articulación probatoria de ocho días hábiles, en la cual las partes y los interesados podrán hacer valer sus pruebas y alegatos. Vencido dicho lapso, CONATEL debe decidir si confirma la medida, la modifica o la revoca y ese pronunciamiento debe producirse dentro de los tres días siguientes.

##### b.- Revocación

El artículo 184 de la LOT hace una precisión que podría considerarse hasta cierto punto redundante por lo obvio de su contenido. Señala la referida norma que CONATEL procederá a revocar la medida cautelar que hubiese dictado cuando estime que sus efectos no se justifican. Es claro que no podría mantenerse una medida cautelar si no se cumplen los presupuestos que la Ley establece para que las mismas sean dictadas y si el órgano administrativo no procediese en tal sentido, podría hacerlo el juez contencioso administrativo, ante quien se puede impugnar el acto administrativo que decreta la medida cautelar.

Además de la revocación expresa, el artículo 184 de la LOT remarca el carácter instrumental de las medidas al señalar que éstas cesarán en sus efectos como tales cuando se dicte la decisión que ponga fin al procedimiento sancionatorio o transcurra el lapso establecido para la decisión definitiva sin que ésta se haya producido.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS SANCIONES  
ADMINISTRATIVAS EN LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

La instrumentalidad de las medidas cautelares significa que éstas no son un fin en sí mismas y que a través de ellas no puede satisfacerse el propósito del procedimiento administrativo sancionatorio; antes bien, el fundamento y la razón de ser de las medidas es servir como instrumento para que dicho procedimiento administrativo sancionatorio sea útil, para que la decisión que emane del mismo no se produzca cuando la conducta contraria a la Ley ejecutada por el sujeto imputado, ya ha causado un daño que no puede ser reparado en forma alguna.

### 2.2.9.- Decisión del procedimiento

De acuerdo con el artículo 185 de la LOT, una vez concluida la sustanciación o transcurrido el lapso para ello -que como vimos es de treinta días- el expediente administrativo del caso debe remitirse al Director General de CONATEL quien, sin perjuicio de que pueda ordenar la realización de cualquier acto adicional de sustanciación que juzgue conveniente, deberá dictar la decisión correspondiente dentro de los quince días continuos siguientes a su recepción.

El Director de CONATEL es facultado en el propio artículo 185 para prorrogar el lapso para adoptar la decisión definitiva, por un período de quince días más, pero sólo cuando la complejidad del caso así lo amerite, lo cual desde luego habrá de ser justificado mediante la motivación del acto administrativo de trámite que acuerda la prórroga.

### 2.2.10.- Contenido de la Decisión

El acto administrativo que pone fin al procedimiento sancionatorio, debe indicar, de acuerdo con el artículo 185 de la LOT, si efectivamente se cometieron las infracciones imputadas o no, y en caso afirmativo debe establecer las sanciones correspondientes, así como los correctivos a que hubiese lugar.

Lo que sí no puede determinar esta decisión adoptada por el Director de CONATEL, es si procede la revocatoria de la habilitación administrativa o de la concesión, según el caso, pues éstas son decisiones que corresponden al Consejo Directivo o al Ministro de Infraestructura.

### 2.2.11.- *Ejecución del acto sancionatorio*

El artículo 186 de la LOT también contiene una regulación redundante al señalar que la persona sancionada por la decisión de CONATEL deberá ejecutar voluntariamente lo dispuesto en el acto respectivo dentro del lapso que al efecto fije dicha providencia. Decimos que es redundante pues como todo acto administrativo, el que pone fin al procedimiento administrativo sancionatorio previsto en la LOT, disfruta de una cualidad exorbitante denominada ejecutividad, la cual lo hace obligatorio para sus destinatarios aun en contra de la voluntad de éstos, sin perjuicio, claro está, de los recursos administrativos y acciones contencioso-administrativas que los administrados pueden intentar contra todo acto que lesione sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

La norma comentada señala que en caso de que el particular no ejecutase voluntariamente la decisión de CONATEL, ésta podrá ejecutarla forzosamente de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, salvo que por expresa decisión legal deba ser encomendada a una autoridad judicial.

También esta parte de la norma sobra pues al igual que todo acto administrativo, el que es producto del procedimiento administrativo sancionatorio previsto en la LOT, disfruta de otra cualidad exorbitante que es la ejecutoriedad, de acuerdo con la cual la Administración puede ejecutar forzosamente sus decisiones por sí misma, sin necesidad de requerir el auxilio de otra autoridad.

En todo caso lo que interesa destacar es que la LOT remite el tema de la ejecución forzosa a la LOPA, lo cual no deja de tener sus inconvenientes pues este procedimiento ha demostrado ser insuficiente.

En este sentido, el artículo 80 de la LOPA, dice que la ejecución forzosa de los actos por la Administración se llevará a cabo de la siguiente forma:

- a.- Cuando se trate de actos susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, se procederá a la ejecución, bien por la Administración o por la persona que esta designe, a costa del obligado.

- b.- Cuando se trate de actos de ejecución personal y el obligado se resistiere a cumplirlos, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía y, en el caso de que persista en el incumplimiento, será sancionado con multas iguales o mayores a las que ya se le hubieren aplicado, concediéndole un plazo razonable, a juicio de la Administración.

### 2.3.- *Las sanciones aplicables*

Como señalamos al inicio de estas notas, la LOT contiene todo un repertorio de sanciones administrativas para las infracciones a sus normas y también contiene sanciones penales (el artículo 156 prevé la amonestación pública; la multa; la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión; la cesación de actividades clandestinas; la inhabilitación; el comiso de equipos y materiales utilizados para la realización de la actividad; y la pena de prisión). De seguidas haremos algunos comentarios sólo a las sanciones administrativas destacando sólo aquellas que, en nuestra opinión, merezcan alguna reflexión y omitiendo las que se explican por sí solas.

Las sanciones previstas en la LOT admiten una primera clasificación atendiendo a la naturaleza de los hechos ilícitos tipificados en su relación con el bien jurídico protegido. Así, tenemos ilícitos que guardan relación con la protección del *dominio público radioeléctrico* tales como los previstos en el artículo 165, numerales 1 y 6; y en el artículo 166, numerales 2 y 3; o las que combaten todas las acciones contrarias a la *actividad del ente regulador*, tales como las previstas en el artículo 164, en todos sus numerales, en el artículo 165, numerales 4 y 5, y en el artículo 166, numerales 4, 8 y 9; o las que tienen relación con la *protección de ciertos intereses o derechos subjetivos* previstos en la LOT, tales como las previstas en el artículo 165, numerales 2, 3, 7 y 8; y en el artículo 166, numerales 1, 5, 6, 7 y 9.

Asimismo y siguiendo la clasificación propuesta por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>53</sup>, las sanciones previstas en la LOT pueden clasificarse según se trata de sanciones de *autoprotección* o de *protección*

<sup>53</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "El problema jurídico de las sanciones administrativas". *Revista Española de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 1976, Julio-Septiembre, Nro.10, pp.399 y ss.

*del orden general.* Dice el profesor español que las sanciones administrativas de autoprotección son el campo tradicional de la potestad administrativa sancionatoria y su justificación resulta de la proposición como relevante de la finalidad protectora del orden administrativo. Se trata de una potestad doméstica destinada a la propia protección más que a otros fines generales, con efectos sólo respecto de quienes están directamente en relación con su organización o funcionamiento y no contra los ciudadanos en abstracto. Entran en esta categoría de las sanciones administrativas las sanciones disciplinarias, las de policía demanial, las recisorias de actos administrativos favorables y las tributarias.

Por su parte, existe según GARCÍA DE ENTERRÍA otro supuesto de sanciones impuestas por la Administración en que ésta no busca su propia protección como organización o institución, sino que se justifica en la protección del orden social general.

En el caso de la LOT, las sanciones administrativas de autoprotección las podemos encontrar en todos los numerales del artículo 164, en los numerales 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 165, en los numerales 4, 6, 7, 8 y 10 del artículo 166, en los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 8 y 9 del artículo 171 y en el numeral 3 del artículo 173.

En cuanto concierne a las sanciones administrativas previstas en la LOT destinadas al mantenimiento del orden general, las podemos encontrar en los numerales 1,3, 6 y 8 del artículo 165, en los numerales 1, 2, 3, 5 y 9 del artículo 166, en los numerales 5, 6, 10 y 11 del artículo 171, en los numerales 1 y 2 del artículo 173 y en el artículo 174.

Ahora bien, para los fines de nuestra análisis, seguiremos el orden que ha utilizado la LOT y, en tal virtud, clasificaremos las sanciones administrativas previstas en ésta en sanciones pecuniarias y no pecuniarias, subclasificando las primeras según la gravedad de la infracción en leves, graves y gravísimas.

### 2.3.1.- Sanciones administrativas pecuniarias

Como comentario introductorio al estudio particularizado de todas las sanciones administrativas previstas en la LOT, debe señalarse que esta Ley incurre en la violación de uno de los principios fundamentales

del derecho administrativo sancionador cual es el de la tipicidad, pues, como veremos, aunque se describe el hecho ilícito, sólo se establece un límite máximo para las multas aplicables, lo cual significa que, en puridad, el instrumento que va a tipificar la sanción es el Reglamento.

Hemos dicho ya que buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia patria y extranjera, acogen la posibilidad de la deslegalización en materia sancionatoria administrativa y propugnan la flexibilización del principio de la tipicidad en este ámbito, el cual, señalan, no puede aplicarse con la misma rigidez que se le concibe en la materia penal. Sin embargo, pensamos que el contenido nuclear de la potestad sancionatoria es, precisamente, describir la conducta disvaliosa (ilícito administrativo) y establecer la sanción aplicable (sanción administrativa) y por esa razón, creemos que este es un campo vedado al poder reglamentario, al cual en cambio pueden confiarse otras regulaciones, pero, definitivamente, no éstas que acabamos de nombrar.

### *2.3.1.1.- Infracciones leves*

Los primeros ilícitos administrativos sancionados por la LOT, con multa de hasta cinco mil Unidades Tributarias (5000 U.T.), **de conformidad con lo que prevea el Reglamento de la Ley**, están previstos en el artículo 164 y son los siguientes:

- 1.- La falta de notificación a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones por parte de un operador sobre la interrupción total o parcial de un servicio de telecomunicaciones, en los casos, forma y plazos establecidos en esta Ley.

Aun cuando en el ámbito de las telecomunicaciones ha ocurrido lo que en derecho administrativo se conoce como una “despublicatio” en el sentido que éstas han dejado de ser un servicio público, con todas las connotaciones que tiene esta categoría jurídica, la LOT proclama en su artículo 5 que esta es una actividad de interés general y, por tanto, su funcionamiento adecuado no sólo interesa al Estado, sino a la colectividad entera, especialmente al universo de usuarios. Por eso la interrupción total o parcial de una actividad de telecomunicaciones, no está liberada a la voluntad y conveniencia del operador, sino que debe ser notificada al

ente regulador para que éste tome las medidas a que haya lugar, a los fines de preservar la continuidad del servicio de que se trate.

2.- La demora injustificada en la entrega de la información requerida por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con la Ley.

Este sería el supuesto en el cual CONATEL, en ejercicio de su función controladora, requiera de un operador la información que éste está en el deber de suministrar.

Ahora bien, la Ley no precisa cuándo debe entenderse que existe “demora” en el suministro de la información. Esta es una circunstancia que deberá ser precisada en cada caso en particular. Así, si se trata de informaciones que de acuerdo con la Ley o el Reglamento deberán ser suministradas en determinado período de tiempo, será el tiempo que exceda del mismo, el criterio determinante para el establecimiento de la infracción; por el contrario, si la información requerida por el ente administrativo no está prevista en la Ley o el Reglamento, pero se trata de requerimientos que poseen una importancia significativa para el ejercicio efectivo del control en la gestión del servicio, la Administración deberá determinar el período en el cual deberá ser suministrada en el mismo acto en que solicita la información.

Por otra parte, el carácter “injustificado” de la demora, supone en todo caso que el particular no haya respondido el requerimiento administrativo o que habiendo respondido, sin embargo, haya hecho entrega de la información fuera del término legal o establecido por el órgano en el acto de requerimiento.

El carácter “injustificado” supone además que el particular no se haya excusado en la entrega de la información por alguna razón que justifique el retardo en la entrega de la misma; caso contrario, se trataría de un hecho que por su naturaleza deberá ser desvirtuado por el particular ante CONATEL, durante el procedimiento administrativo sancionatorio.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS SANCIONES  
ADMINISTRATIVAS EN LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

- 3.- El uso de contratos de servicios cuyos modelos básicos no hayan sido aprobados por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones;

Los contratos celebrados por los operadores con los usuarios deben ser aprobados por CONATEL, y la razón fundamental de este mecanismo de control previo es procurar que tales contratos modelos cumplan con las Condiciones Generales previstas por el ente regulador para el tipo de redes y servicios de que se trate, según lo previsto en el artículo 20 de la LOT.

- 4.- Modificar u ocultar las marcas, etiquetas o signos de identificación de los equipos de telecomunicaciones, cuando con ello se obstaculicen las labores de inspección y fiscalización de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones

De acuerdo con el artículo 141 de la LOT, los equipos de telecomunicaciones están sujetos a homologación y certificación, con el objeto de garantizar la integridad y calidad de las redes de telecomunicaciones, del espectro radioeléctrico y la seguridad de los usuarios, operadores y terceros. Para estos fines, uno de los mecanismos fundamentales de control es la incorporación en los equipos de sellos de certificación, lo cual corresponde al ente regulador de acuerdo con el artículo 142 de la LOT.

- 5.- No atender a las convocatorias que le realice la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, cuando a dicho organismo le corresponda realizar gestiones de mediación de conformidad con lo previsto en disposiciones legales o reglamentarias

En la Ley hay algunos supuestos en los cuales CONATEL actúa como árbitro especialmente en los conflictos que pueden surgir entre operadores, como en materia de interconexión, según lo dispuesto en el artículo 37, numeral 23, en concordancia con el artículo 135. No estamos aquí frente a un verdadero arbitraje, sino ante un procedimiento administrativo arbitral, pero ello no le roba importancia pues justamente el propósito de la Ley, y esa es la razón de que se tipifique el ilícito que

comentamos, es que los conflictos entre operadores se puedan resolver de manera expedita para no sacrificar el acceso a los servicios por parte de los usuarios.

Dentro de las infracciones leves también debemos incluir la prevista en el artículo 167, referida a la operación de equipos de radioaficionados sin contar con la habilitación administrativa correspondiente, la cual es sancionada con multa por hasta cien Unidades Tributarias (100 U.T.).

### 2.3.1.2.- *Infracciones graves*

El artículo 165 tipifica lo que podríamos calificar como infracciones graves, que por el daño que suponen en la prestación de los servicios de telecomunicaciones merecen una sanción equivalente, la cual consiste en una multa de hasta treinta mil Unidades Tributarias (30.000 U.T.). No obstante, y como se podrá constatar de seguidas, la LOT ha mezclado infracciones graves con otras que no lo son tanto, pudiendo ser la multa, según lo que *disponga el reglamento*, igual para ambos supuestos, lo que pone de bulto lo grave que es la deslegalización y la relajación del principio de tipicidad en materia de sanciones administrativas. Las infracciones y sanciones a las que se refiere esta norma, son las siguientes:

- 1.- Causar interferencias perjudiciales a servicios de telecomunicaciones, en forma culposa.

La “interferencia perjudicial” es un concepto no precisado en la Ley y para cuya determinación, en principio, sería necesario hacer uso de la llamada discrecionalidad técnica de la Administración. En algunos supuestos las normas jurídicas someten la decisión que ha de ser adoptada por la autoridad administrativa a la realización de un juicio de contenido científico. La aplicación de la consecuencia jurídica prevista en la norma, exige un proceso cognoscitivo previo destinado a establecer científicamente la existencia, probabilidad o apreciación de un hecho. El concepto de discrecionalidad técnica hace referencia, para la mayoría de la doctrina, a la actividad que es preciso llevar a cabo para la aplicación de conceptos utilizados por la norma que remiten a criterios técnicos, es decir, a conocimientos propios de determinados saberes especializados,

diferenciándose de los conceptos jurídicos indeterminados que remiten a máximas de la experiencia común, como de la discrecionalidad pura que implica una actividad volitiva, de apreciación del interés público<sup>54</sup>.

Sin embargo, el artículo 10 de la LOT dice que el significado de los términos empleados en la Ley o en sus reglamentos y no definidos en ella, será el que le asignen los convenios o tratados internacionales suscritos y ratificados por Venezuela, es especial, las definiciones adoptadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), y en defecto de éstas, las normas establecidas en el respectivo reglamento.

En este sentido, la cláusula 1003 del anexo único de la Ley Aprobatoria de la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones<sup>55</sup>, define por *interferencia perjudicial*, a aquella "interferencia que compromete el funcionamiento de un servicio de radionavegación o de otros servicios de seguridad, o que degrada gravemente, interrumpe repetidamente o impide el funcionamiento de un servicio de radiocomunicación explotado de acuerdo con el Reglamento de Radiocomunicaciones".

El otro elemento a destacar en este ilícito es la referencia a la "culpabilidad". En el derecho administrativo sancionador han sido desterradas las denominadas infracciones objetivas y, por ende, sólo pueden ser sancionadas las conductas disvaliosas que se producen con intención (dolo) o con culpa. Por esa razón la precisión hecha por la norma podría considerarse a primera vista innecesaria; mas no lo es, puesto que deja claro que aquellas interferencias perjudiciales contra un servicio de telecomunicaciones que no sean producto de la negligencia, imprudencia o impericia de quien ocasiona dicha interferencia, no son sancionables.

- 2.- Realizar la interconexión en términos o condiciones distintas a las establecidas en el convenio correspondiente o a las establecidas en la orden de interconexión que podrá dictar la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en los casos previstos en esta Ley;

<sup>54</sup> **DESDENTADO DAROCA, E.** *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Civitas, Madrid, 1997, pp.44-45.

<sup>55</sup> *G.O.* Nro. Extraordinario Nro.5.083 del 6.8.96.

Según dispone el artículo 130 de la LOT, los operadores de redes de telecomunicaciones tienen la obligación de interconectarse con otras redes públicas de telecomunicaciones con el objetivo de establecer entre los usuarios de sus servicios, comunicaciones interoperativas y continuas en el tiempo. Esta interconexión, según establece la misma norma, debe hacerse de acuerdo con los principios de neutralidad, buena fe, no discriminación e igualdad de acceso entre operadores.

Para ejecutar la interconexión, las partes involucradas deben celebrar un acuerdo de interconexión en el cual deben prever: i) el lapso y la modalidad bajo las cuales se ejecutará el acuerdo; ii) las obligaciones a cargo de cada operador y iii) el término en que cualesquiera de las partes podrá solicitar a la otra la revisión del acuerdo, iv) los cargos de interconexión (artículos 132 y 133). Si las partes no llegan a este acuerdo, será CONATEL quien ordene la interconexión estableciendo las condiciones técnicas y económicas de la misma (artículo 133).

En todo caso, sea que las condiciones de la interconexión hayan sido fijadas por las partes de común acuerdo o por CONATEL, éstas deben ser respetadas por los operadores a los fines de garantizar el cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 130 de la LOT.

3.- La carencia de planes de contingencia por parte de las operadoras de servicios de telecomunicaciones, o la falta de actualización oportuna de los mismos;

Aunque las telecomunicaciones han pasado de ser un servicio público para convertirse en una actividad de interés general, la continuidad en la prestación -propia de los servicios públicos- sigue presente como una de las condiciones indispensables bajo la cual la misma ha de ser ejecutada. Así, parte de los mecanismos que aseguran esa continuidad son los planes de contingencia, los cuales pretenden cubrir y hacer frente a las situaciones imprevistas que pueden conducir a la interrupción de la actividad. Por esa razón la LOT tipifica como ilícito administrativo la carencia de estos planes y su falta de actualización, pues tal situación, en definitiva, compromete el ejercicio mismo de la actividad bajo las condiciones previstas en la Ley en perjuicio, principalmente, de los usuarios.

- 4.- La negativa a permitir a funcionarios de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones debidamente autorizados e identificados, el acceso a las instalaciones, equipos o documentación que según esta Ley les corresponda inspeccionar o auditar:

Esta es una infracción que se producirá, como antes dijimos, en la medida en que la inspección que vaya a ser practicada por los funcionarios competentes, no suponga quebranto de la garantía constitucional de inviolabilidad de los recintos privados.

- 5.- Suministrar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones información inexacta o incompleta sobre aspectos que ésta le haya solicitado en forma específica, en beneficio propio o de un tercero.

- 6.- La emisión o transmisión de señales de identificación falsas o engañosas por parte de un operador, que puedan inducir a error a los usuarios o a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en relación con la autoría de tales emisiones o transmisiones.

- 7.- Incumplir las condiciones generales establecidas en esta Ley, relativas a las habilitaciones administrativas o concesiones, no sancionadas por una disposición especial contenida en el presente título.

- 8.- La facturación en exceso de las cantidades realmente adeudadas, realizada en forma culposa.

### *2.3.1.3.- Infracciones gravísimas*

En este epígrafe nos ocuparemos de ilícitos administrativos tipificados en la LOT que son muy graves, bien porque en su comisión está presente como un elemento determinante de la conducta disvaliosa, la intención deliberada de causar un daño (dolo), o bien porque las consecuencias que tal conducta puede acarrear al universo de usuarios o al resto de los operadores son especialmente dañosas.

Así, Según el artículo 166 Será sancionada con multa de hasta cincuenta mil Unidades Tributarias (50.000 U.T.), de **conformidad con lo que prevea el Reglamento de la Ley:**

- 1.- La instalación, operación y explotación de servicios de telecomunicaciones o la utilización de frecuencias del espectro radioeléctrico que requieran la habilitación administrativa o concesión, sin contar con éstas;

Tal como expusimos con anterioridad, las telecomunicaciones son consideradas actividades de interés general, de acuerdo con el artículo 5 de la LOT y, por esa misma razón, se les somete a un régimen de sujeción especial en el cual se exige como condición indispensable para el acceso de los particulares a las mismas con el carácter de operadores, una habilitación administrativa o una concesión, según el caso. Se colige entonces que violar la condición fundamental sobre la cual se construye todo el régimen jurídico de las telecomunicaciones, es una infracción sin duda alguna gravísima, pues, de manera directa o indirecta, ello supone una violación de todas las normas de la Ley.

- 2.- Causar interferencias perjudiciales a servicios de telecomunicaciones, en forma dolosa.

Valen aquí todas las consideraciones que hicimos al comentar el artículo 165, numeral 1, con la diferencia de que en el caso concreto si lo que se sanciona es una interferencia perjudicial que se ha producido con la **intención** de causar el hecho dañoso, es decir, en forma **dolosa**.

- 3.- Ocasionar la interrupción total o parcial de un servicio de telecomunicaciones legalmente establecido.

Aquí se pone de relieve la importancia de la continuidad de los servicios de telecomunicaciones. Sin embargo, se olvidó el legislador de establecer que esta infracción se producirá si esa interrupción ha ocurrido con intención o con culpa, pues de lo contrario no puede haber sanción alguna, si en la conducta del sujeto ha mediado, por ejemplo, una circunstancia que está totalmente fuera de su control como ocurre en el caso de las causas extrañas no imputables, que son eximentes de responsabilidad en el derecho administrativo sancionador.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS SANCCIONES  
ADMINISTRATIVAS EN LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

- 4.- No atender los requerimientos de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en el plazo y condiciones que ésta determine, relativos al cese de emisiones radioeléctricas que produzcan interferencias perjudiciales.
- 5.- Incrementar el precio de los servicios y facilidades de telecomunicaciones que se presten, sin haberlos publicado de conformidad con lo previsto en la Ley.

De acuerdo con el artículo 145 de la LOT, los prestadores de servicios de telecomunicaciones pueden fijar libremente sus precios, salvo en el caso del servicio universal, pues en este supuesto el operador debe someter a la consideración de CONATEL su propuesta de tarifa mínima y máxima, las cuales entrarán en vigencia una vez aprobadas por el ente regulador y a partir del momento en que sean publicadas en la Gaceta Oficial. De la lectura concordada del numeral que se comenta con el artículo 145 de la LOT, pareciera concluirse que todos los precios deben ser publicados en la Gaceta Oficial. Sin embargo, la interpretación textual del artículo 145, conduce a la conclusión de que sólo en el caso de las tarifas relativas a los servicios prestados en función de una obligación de servicio universal, éstas deben ser aprobadas por CONATEL y publicadas en la Gaceta Oficial. Por tanto, corresponde al reglamento aclarar esta situación.

- 6.- La abstención de un operador a acatar en forma inmediata la orden de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones de permitir la interconexión con las redes de otro operador, en los términos y condiciones específicas que establezca al efecto, en los casos previstos en la Ley.

Esta disposición va a generar sin la menor duda serios problemas si se hace un uso abusivo de la misma, pues la pregunta de rigor es qué significa acatar en forma *inmediata* una orden: 5 minutos, 12 horas, un día, día y medio. Cada vez que la Ley deja abiertos estos espacios a la interpretación, surgen las arbitrariedades. Por esa razón, entendemos que la infracción en comentarios sólo se producirá si en los términos y condiciones específicas de la orden de interconexión se establece un plazo razonable para la misma, el cual no sea acatado por el operador.

- 7.- La abstención de un operador a acatar oportunamente las órdenes de requisición y movilización en situaciones de contingencia.

El uso del adjetivo oportunamente en este numeral, trae los mismos problemas interpretativos que el anterior, pues oportunamente puede tener muchos significados.

- 8.- No adoptar los sistemas de contabilidad separada y desglosada por servicios que establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.
- 9.- La facturación en exceso de las cantidades realmente adeudadas, realizada en forma dolosa.
- 10.- La abstención o negativa a suministrar documentos o información requerida por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con la Ley.

En nuestra opinión esta infracción es leve y nunca debió haber sido prevista en este artículo, sino en el 164. Esta norma es sin duda alguna violatoria del principio de proporcionalidad que rige en materia sancionatoria y al que ya nos referimos en la primera parte de estas notas. Haciendo abstracción de cualquier tecnicismo jurídico y asidos sólo al más simple sentido común, podemos entender con facilidad que resulta totalmente irracional consagrar una sanción por la negativa a suministrar información a CONATEL, que puede ser en este momento, con una unidad tributaria de once mil seiscientos bolívares (Bs.11.600,00), de hasta quinientos ochenta millones de bolívares (Bs.580.000.000,00). Aun cuando el Reglamento fije para este supuesto la sanción más reducida, esta reducción no podrá sobrepasar el límite inferior de las treinta mil unidades tributarias (30.000 U.T.), puesto que de lo contrario la infracción estaría tipificada en el artículo 165; en consecuencia, la sanción mínima que tendría la abstención o negativa a suministrar documentos o información requerida por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con la Ley, jamás sería inferior a trescientos cuarenta y ocho millones de bolívares (348.000.000,00), con la unidad tributaria actual.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS SANCIONES  
ADMINISTRATIVAS EN LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

2.3.2.- Sanciones administrativas no pecuniarias

La LOT no sólo contempla la imposición de multas para sancionar las infracciones a sus normas, sino que contiene otro tipo de sanciones administrativas que no suponen el pago de una suma de dinero.

2.3.2.1.- Revocatoria

Así, el artículo 171 de la LOT señala que sin perjuicio de las multas que corresponda aplicar de conformidad con lo previsto en la Ley, será sancionado con la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión, según el caso:

- 1.- El destinatario de una obligación de Servicio Universal que incumpla con las previsiones, actividades y cargas derivadas del mismo.
- 2.- El que incumpla los parámetros de calidad, cobertura y eficiencia que determine la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.
- 3.- El que no haga uso efectivo de la porción del espectro radioeléctrico que le hubiese sido asignada, en los términos y condiciones establecidos al efecto.
- 4.- El que inobserve una medida provisionalísima o cautelar dictada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en esta Ley.
- 5.- El que cause interferencias a servicios de telecomunicaciones, en forma dolosa.
- 6.- El que utilice o permita el uso de los servicios de telecomunicaciones para los cuales está habilitado, como medios para coadyuvar en la comisión de delitos.
- 7.- El que de forma dolosa suministre información a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones fundada

en documentos declarados falsos por sentencia definitivamente firme.

- 8.- Quien incumpla con la obligación de obtener la aprobación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en las operaciones a las que se refiere el artículo 195 de esta Ley.

Este supuesto se refiere a la autorización que deben obtener las empresas operadoras de telecomunicaciones que celebren un acuerdo de fusión, la adquisición total o parcial de estas empresas por otras empresas operadoras, así como su escisión, transformación o la creación de filiales que exploten servicios de telecomunicaciones, cuando impliquen un cambio de control de las mismas.

- 9.- Quien evada el pago de los tributos previstos en la Ley.

Los tributos establecidos en la LOT (artículos 147 al 153), se determinan y liquidan mediante el procedimiento de autoliquidación según lo que establezca el reglamento, tal como lo dispone el artículo 157 de la LOT. Por tanto, el sujeto pasivo de los impuestos, tasas y contribuciones especiales establecidas en dicha Ley, tiene el deber formal de presentar las declaraciones juradas correspondientes en las cuales deje constancia de la ocurrencia de los hechos imponible correspondientes, determine las bases de imposición y liquide la cuota tributaria resultante de aplicar a dichas bases las alícuotas respectivas. Si este deber formal no es cumplido o es cumplido defectuosamente, puede ocurrir una *contravención*, es decir, la disminución ilegítima de los ingresos tributarios que la Ley confiere el ente titular de la potestad tributaria. Pero, si la disminución de los ingresos tributarios ha sido el resultado de maniobras dolosas, fraude o simulación, estaremos entonces en presencia de la *evasión fiscal*.

Dado que la Ley no contiene procedimiento alguno, ni reglas para el establecimiento de la evasión, habrán de aplicarse supletoriamente las disposiciones pertinentes del Código Orgánico Tributario, para que la sanción que se comenta pueda resultar procedente.

- 10.- La reincidencia en alguna de las infracciones a las que se refiere esta Sección en el plazo de un año

contado a partir del momento en que la sanción anterior quede definitivamente firme.

Como puede observarse, esta letra del artículo 171, tipifica la reincidencia como una infracción autónoma cuando la misma ya ha sido prevista como un supuesto de agravación de la pena, de acuerdo con lo previsto en el artículo 170. Esto último es completamente normal en todo sistema de infracciones y sanciones penales o administrativas; sin embargo, la tipificación de la reincidencia como una infracción independiente, es una violación del principio *non bis in eadem* pues la misma conducta se está sancionando dos veces y con la aplicación de una agravante<sup>56</sup>.

11.- La revocatoria de la concesión del espectro radioeléctrico implicará la revocatoria de la habilitación administrativa correspondiente y viceversa.

#### 2.3.2.2.- Inhabilitación

El artículo 172 dispone que la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión a personas naturales o jurídicas acarreará a éstas la inhabilitación por espacio de cinco años para obtener otra, directa o indirectamente, contándose dicho lapso se contará a partir del momento en que el acto administrativo quede definitivamente firme.

En el caso de las personas jurídicas, la inhabilitación se extenderá a los administradores u otros órganos responsables de la gestión y dirección del operador sancionado que estaban en funciones durante el tiempo de la infracción, siempre que hayan tenido conocimiento de la situación que generó la revocatoria y no lo hayan advertido por escrito a CONATEL, antes de la apertura del procedimiento sancionatorio.

La violación de las inhabilitaciones e incompatibilidades establecidas en la Ley acarrea a las personas naturales responsables de dicha transgresión una inhabilitación especial para participar en el capital, ser administradores o directivos de empresas de telecomunicaciones, sea directa o indirectamente, por un lapso de cinco años.

<sup>56</sup> MAYOR MENEDEZ, P. "Inspección y régimen sancionatorio". *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. (García de Enterría, E. - De la Cuadra Salcedo, T., Coordinadores). Civitas, Madrid, 1999, p.695.

### 2.3.2.3.- Comiso

El artículo 173 prevé el comiso de los equipos y materiales empleados en la instalación, operación, prestación o explotación de dichos servicios o actividades, a quien:

- 1.- Haga uso clandestino del espectro radioeléctrico.
- 2.- Reincida en la instalación, operación, prestación o explotación de redes o servicios de telecomunicaciones sin poseer la habilitación respectiva.
- 3.- No acate la decisión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones derivada de la revocatoria de una habilitación administrativa o concesión, según el caso.

### 2.3.2.4.- Amonestación pública

El artículo 174 contempla la sanción de amonestación pública. La amonestación pública procede como sanción accesoria en los casos en que la infracción haya incidido en la prestación del servicio de otro operador de telecomunicaciones. El acto de amonestación será publicado a cargo del infractor en dos de los diarios de mayor circulación a nivel nacional, dejándose constancia de la afectación que su conducta haya producido en la prestación de los servicios de otro operador.

Desde el punto de vista de las sanciones administrativas “amonestar” significa reprender de palabra o por escrito a un subordinado con finalidad correctiva o disciplinaria. De modo pues que la amonestación se concibe como una medida o sanción *personal* de naturaleza *disciplinaria* más que como una medida de protección del orden general.

A este respecto, vale señalar que la doctrina y jurisprudencia administrativa han distinguido siempre, en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración, determinadas sanciones que, por su especial finalidad o significación, permitirían una aplicación más relajada de los principios que rigen el derecho administrativo sancionador general<sup>57</sup>. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA distingue entre las sanciones administrativas de autoprotección y las sanciones administrativas de

protección del orden general, siendo las primeras “aquellas sanciones por las que la Administración tutela su organización y orden internos, incluyendo el sistema de sus actos jurídicos” y las segundas “aquellas otras por las que tutela el interés general, en un amplio sentido, el orden público”<sup>58</sup>.

Expresa LOZANO que la potestad sancionadora de autoprotección se diferencia de acuerdo con esta concepción, “cualitativamente y por sus fines de la potestad punitiva general, en cuanto ‘potestad doméstica, vocada a la propia protección, más que a otros fines sociales generales, con efectos sólo respecto de quienes están directamente en relación con su organización o funcionamiento y no contra ciudadanos en abstracto’, siendo cuatro sus manifestaciones: sanciones disciplinarias, de la llamada policía demanial, sanciones rescisorias de actos administrativos favorables y sanciones tributarias”. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina no acoge esta concepción “amplia” de las sanciones de autoprotección y sólo excluyen del ámbito sancionatorio general a las sanciones disciplinarias.

En efecto, hoy se tiende a singularizar, sólo en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración, a la potestad disciplinaria, definida como “el poder que a ésta le atribuye el ordenamiento jurídico de reprimir, mediante la imposición de sanciones, las conductas antijurídicas que realizan las personas que trabajan para ella, esto es, los funcionarios públicos, siempre que tales conductas tengan lugar en el marco de las relaciones de servicios que une a éstos con aquélla”<sup>59</sup>. Ahora bien, esta peculiaridad de las sanciones disciplinarias representada por la relajación de los principios que rigen el derecho administrativo sancionador general y que supone una aplicación más atenuada del principio de legalidad, así como la exclusión en esta materia del principio “*non bis in eadem*” (por cuanto, estas sanciones son independientes y pueden coexistir con las penales), han llevado justamente a adoptar una concepción más restringida del concepto, de modo de salvaguardar las garantías de los particulares frente a la potestad sancionadora de la Administración.

---

57 LOZANO, B. *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1990, p. 42.

58 GARCIA DE ENTERRIA, E. *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, citado por LOZANO, B., *O.c.*, p.42.

59 SUAY RINCON, J. “Potestad disciplinaria”, en *Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Editorial Civitas, Madrid, 1989, p. 1311.

Así, la concepción amplia de potestad disciplinaria en la que se incluyen todos los supuestos en los que los administrados se hayan vinculados con la administración por una “relación especial de sujeción”, entendida ésta como la “acentuada dependencia que se establece, en favor de un determinado fin de la Administración Pública, para todos aquellos que se encuentren en esa prevista estructura especial”<sup>60</sup>, es en la actualidad sustituida por la acepción restringida, cuya justificación se haya, como señala PARADA, “en la especial relación de poder en que se encuentra sometido, de forma voluntaria, el funcionario”<sup>61</sup>. Ello justifica que la potestad disciplinaria no puede poseer un alcance represivo mayor que el contenido de los derechos de la relación de servicio; de allí que la sanción máxima que puede imponerse al funcionario es la de la separación del servicio<sup>62</sup>.

De modo pues que, la amonestación como sanción típicamente disciplinaria involucra la existencia de una relación de subordinación y no de cualquier “relación especial de sujeción”, en consecuencia, pareciera una incorrección en la técnica legislativa adoptada en la elaboración o establecimiento de las sanciones administrativas previstas en la LOT, la inclusión de la “amonestación pública”.

Por otra parte, es importante advertir que dentro de la clasificación de las sanciones administrativas entre sanciones *reales* y *personales*, la amonestación como sanción disciplinaria es de tipo *personal*, por cuanto involucra un acto de reproche (apercibimiento), respecto de la forma como ha sido ejercicio un cargo o una actividad funcional.

Por otro lado, debe tenerse cuidado de considerar que la amonestación, por el hecho ser personal e involucrar tan sólo un “reproche” sobre la conducta desplegada por el sujeto en particular, no involucra un resultado lesivo como podría derivarse de la aplicación de una sanción pecuniaria; en ocasiones una “pena” a simple vista “insignificante” como una “amonestación”, podría provocar daños irreparables aunque sí

<sup>60</sup> LOZANO, B. *O.c.*, p. 43.

<sup>61</sup> PARADA VAZQUEZ, R. *Derecho Administrativo*. Marcial Pons, Madrid, 1987, T. II, p. 397.

<sup>62</sup> Vale señalar que esa relación especial de servicio en que se encuentra el funcionario respecto de la Administración es lo que ha llevado en esta materia a una relajación de los principios que rigen el derecho administrativo sancionador general, principios extraídos, como ya hemos dicho, del ámbito del Derecho Penal.

indemnizables para un particular, como lo sería, por ejemplo, el daño moral ocasionado por el contenido infamante de un apercibimiento o amonestación escrita, que haya implicado para el funcionario una mancha en su carrera funcional e inclusive una pérdida de la oportunidad.

En nuestra opinión, esta es una sanción infamante y, por tanto, inconstitucional al ser violatoria del artículo 60 de la Constitución, de acuerdo con el cual toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

Imagínese por un momento el caso de una amonestación pública contra un operador de servicios de telecomunicaciones que es publicada en la prensa nacional (o sea ejecutada), pero que ha sido recurrida ante los tribunales contencioso administrativos. Luego de tres años de juicio se determina que la sanción era improcedente, pero el grave daño a la reputación de la empresa operadora ya ha sido causado y tal vez nunca pueda ser reparado, pues en un entorno altamente competitivo, el prestigio de una empresa puede ser su activo más valioso.

### 2.3.3.- Sanciones por acciones anticompetitivas o por ilícitos a las normas de protección al consumidor

Como consecuencia del paso experimentado en materia de telecomunicaciones de un régimen de servicio público al régimen propio de una actividad de interés general, en el cual el Estado sólo asume una actuación reguladora y no prestacional, rige en esta actividad el principio de la libre competencia.<sup>63</sup>

63

En el pasado la jurisprudencia había establecido que el principio de la libre competencia no era aplicable en materia de telecomunicaciones: "Así las cosas, no existe lugar a dudas para esta Corte de la competencia de la referida Superintendencia, en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley de Pro-Competencia, en todas aquellas actividades económicas que puedan ser desarrolladas libremente, sin limitación alguna (para acceder, participar e incluso salir de la actividad), cuya regulación corresponderá a las leyes naturales de la economía de mercado, vale decir de la oferta y la demanda. Por el contrario, *tal competencia es inexistente*, y así corresponde manifestarlo a esta Corte, en el caso de aquellas actividades económicas que constituyen *servicios públicos excluyentes*, donde los particulares participan por vía de *concesión*; en estos casos, la actividad se encuentra sometida a las limitaciones de un ente público llamado a controlar y regular la actividad; capaz de determinar las condiciones en el acceso, permanencia y salida de dicha actividad; el cual puede incidir directa o indirectamente sobre las condiciones de la misma (...). Incompetencia que se hace evidente porque en tales casos *no existe libre competencia* que proteger, pues no es el mercado sino un órgano público externo el que regula la actividad...". (Destacado y cursivas nuestros). Cf. S. CPCA, 24.9.97, caso Aeropostal.

Por tanto, todos los operadores de servicios de telecomunicaciones están sujetos a las normas de la Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y sometidos a la autoridad de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (SPPLC). Así, lo reafirma el artículo 162 de la LOT al disponer que las infracciones relativas a la promoción y protección de la libre serán sancionadas por la autoridad competente en dicha área, de conformidad con las normas legales que rigen tal materia, debiendo CONATEL comunicar a la SPPLC la existencia de hechos en el área de las telecomunicaciones, cuyo conocimiento pudiera incumbirle según su competencia.

La misma conclusión puede predicarse en el caso de ilícitos administrativos ejecutados por operadores de servicios de telecomunicaciones que sean violatorios de las normas sobre protección y educación del consumidor.

#### ***2.4.- Prescripción de las acciones para perseguir las infracciones a la Ley***

El artículo 163 de la LOT establece que, sin perjuicio de la responsabilidad personal en que pudieran incurrir los funcionarios, la potestad administrativa para imponer las sanciones previstas en la Ley prescribe en un término de cinco años, contados desde el día en que CONATEL haya tenido conocimiento de los hechos por cualquier medio.

#### ***2.5.- Prescripción de las sanciones***

La LOT también contempla un plazo de prescripción para el caso en que ya han sido determinadas las infracciones cometidas y las sanciones aplicables mediante un acto administrativo definitivo, producto del procedimiento correspondiente, pero las mismas no han sido ejecutadas. En este caso, el artículo 163 de la LOT *in fine* dispone que la ejecución de las sanciones administrativas previstas en la ley prescribe a los tres años contados desde el momento en que hayan quedado definitivamente firmes.

#### ***2.6.- Graduación de las multas***

El artículo 168 de la LOT trae una norma que confirma nuestra preocupación sobre los peligros de la deslegalización en materia sancionatoria y de la relajación del principio de tipicidad. Esta norma deja ver, claramente, que es CONATEL quien determina la sanción

aplicable a las infracciones previstas en la Ley, con la única limitación que supone el establecimiento de una multa máxima para cada categoría de infracción.

Dice el referido artículo que a los efectos de la determinación por parte de CONATEL del monto de las multas a las que se refiere la Ley, se consideran situaciones agravantes:

- 1.- El carácter continuado de la infracción.
- 2.- La afectación del servicio.
- 3.- La obtención de beneficios económicos por parte del infractor.
- 4.- La clandestinidad.
- 5.- La falta de homologación o certificación de los aparatos o equipos empleados.

Por su parte, el artículo 169 de la LOT, contempla las siguientes circunstancias atenuantes:

- 1.- Haber reconocido en el curso del procedimiento la existencia de la infracción.
- 2.- Haber subsanado por iniciativa propia la situación de infracción y resarcido en forma integral los daños que hubieren podido causar.

Normas como estas son perfectamente explicables dentro de un régimen sancionatorio en el cual la ley fija la sanción entre un límite mínimo y uno máximo, siendo aplicable, normalmente y por aplicación supletoria del artículo 37 del Código Penal, el término medio entre esos dos límites.

En cambio, en un caso como el analizado en el cual la Ley no fija un límite mínimo y uno máximo, sino que fija sólo este último y deja al reglamentista la determinación de la sanción aplicable a cada caso, no se entiende cómo la autoridad administrativa va a graduar dicha sanción. Ya que la Ley ha cometido el grave error de deslegalizar la tipificación de

las multas, es urgente que el reglamento establezca para cada infracción un límite mínimo y uno máximo, pues de lo contrario se van a producir en esta materia las mayores arbitrariedades concebibles y, de seguro, numerosas violaciones a todos los principios que gobiernan el derecho administrativo sancionador.

Pero además de las agravantes, la reincidencia también es un supuesto de incremento de la sanción aplicable. En este sentido, el artículo 170 de la LOT dice en caso de reincidencia en las violaciones o incumplimientos previstos en la Ley, CONATEL impondrá multas incrementadas sucesivamente en un veinticinco por ciento (25%) hasta el tope máximo previsto para el tipo, sin perjuicio de la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión correspondiente.

Como la Ley no lo dice en forma expresa, es preciso acudir al derecho penal para determinar en que consiste la reincidencia y en tal sentido se advierte que la misma es la realización de un nuevo delito por el mismo agente después de haber sido condenado por otro anterior, cuya pena se haya sufrido en todo o en parte y antes de haber transcurrido un determinado tiempo fijado en la Ley. En general, la circunstancia de que un sujeto cometa un nuevo delito después de haber sido condenado, comporta, de acuerdo a nuestro sistema penal, un aumento o agravación de la responsabilidad penal.

De conformidad con nuestra legislación penal (Artículos 100, 101 y 102), se distingue entre la reincidencia genérica, específica y la multireincidencia. En la genérica, se trata simplemente de la comisión de otro hecho punible, lo que trae como consecuencia la aplicación de la pena entre el término medio y el máximo asignado por la ley. En la específica, se trata de la comisión de un hecho punible de la misma índole que el anteriormente perpetrado, lo que produce la aplicación de la pena correspondiente con un aumento de una cuarta parte. Y en la multireincidencia, estamos frente a la comisión de un nuevo hecho punible que merezca pena corporal después de dos o más sentencias condenatorias a penas de la misma especie, siempre y cuando el nuevo delito sea de la misma índole que el precedentemente cometido, lo que conduce a la aplicación de la pena correspondiente al nuevo hecho aumentada en la mitad. Por supuesto, en todos estos casos para que pueda hablarse de reincidencia deben darse los requisitos específicos que establece el Código Penal, que son los siguientes:

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS SANCIONES  
ADMINISTRATIVAS EN LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

a.- Que se cometa el nuevo delito después de una sentencia condenatoria.

El primer requisito exigido por la ley penal venezolana para la reincidencia es la existencia de una sentencia anterior condenatoria, por supuesto definitivamente firme. Si no ha habido sentencia de condena definitivamente firme no puede aplicarse la agravante de reincidencia. En el caso concreto sería necesario, para el supuesto de las sanciones administrativas, un acto administrativo sancionatorio definitivo y firme.

b.- Que no haya transcurrido un lapso de diez años entre el cumplimiento de la condena o su extinción y el nuevo delito.

De acuerdo al sistema acogido por nuestro Código Penal, si transcurre un lapso de diez años a contar desde la fecha del cumplimiento de la condena o de su extinción sin que en tal período se cometa un nuevo delito, se entiende, que cesa o prescribe el derecho a computar la condena a los efectos de la reincidencia.

Aplicando lo expuesto a las infracciones administrativas, consideramos que este segundo requisito específico debería ser el de tres años contados a partir de la de la decisión definitivamente firme del órgano administrativo, toda vez que este es el lapso señalado por la LOT para que se produzca la prescripción de la acción para hacer efectiva la sanción impuesta.

### ***2.7.- Concurso objetivo***

Dice el artículo 160 de la LOT, que en la determinación de la responsabilidad derivada de la comisión de hechos u omisiones que infrinjan las disposiciones de la Ley, serán aplicables las disposiciones relativas a la concurrencia de varias personas en un mismo hecho punible, previstas en el Código Penal.

De acuerdo con nuestra legislación penal, las diversas formas de participación son: la cooperación inmediata; la complicidad; y el instigación (Artículo 83 del C.P.). El cooperador inmediato es aquel sujeto cuyas acciones son conexas a la ejecución del delito (o más propiamente al hecho punible en general), no materializan actos típicos, es decir, los

característicos del hecho pero "...Prestan su cooperación en forma que podemos calificar esencial o inmediata en la ejecución del delito, de tal manera que podemos apreciar que su comportamiento como partícipes se compenetra o se vincula en forma muy estrecha con la figura del ejecutor".<sup>64</sup> En efecto, el cooperador inmediato es un partícipe, es decir, que la cooperación inmediata es una forma de participación, una forma de manifestación de la intervención de una persona en el hecho punible de otro.

Sin embargo, la cooperación inmediata aunque es una forma punible de comportamiento, no constituye en sí misma una figura de delito. Ser cooperador inmediato, en sí mismo no es punible, sino que lo es poner esa conducta en relación con un hecho principal, idea ésta que expresa el carácter accesorio de la participación. De acuerdo con ello la cooperación inmediata no es delito, de modo que no puede afirmarse que se condena al procesado "por el delito de cooperación inmediata en el delito X". El delito cometido es X, no la cooperación inmediata, porque además, si el cooperador realizare el delito dejaría de ser cooperador inmediato y su situación se convertiría en la de autor.

El cómplice necesario es aquel sin cuyo concurso el hecho no se habría realizado; tanto el "cooperador inmediato" como el "cómplice necesario" entran en la categoría de "cómplices". Por su parte, el "instigador", también conocido como "autor intelectual" o "correo moral", es aquel sujeto que "...determina a otro a cometer el hecho..." (Aparte Único del artículo 83 del C.P.). Para que pueda calificarse como "instigador" a un determinado sujeto, es imprescindible que la actuación psíquica de este partícipe determine el hecho en forma directa, no siendo suficiente la mera expresión de un deseo o la sugerencia, lo que supone que el sujeto hace nacer en otro la idea criminal con tal fuerza que éste último se resuelve a delinquir; requiriéndose además, según la doctrina penal común, que el autor al menos comience la ejecución del hecho, anotándose que la simple instigación sin éxito no tiene importancia penal.<sup>65</sup>

Es importante señalar que las diversas formas de participación que admite nuestra legislación -a saber: la cooperación inmediata, el cómplice y el instigador- no admiten grados. No constituyen estadios de

<sup>64</sup> ARTEAGA SANCHEZ, A. *Derecho penal venezolano*. Edición, Imprenta Universitaria, UCV, Caracas, 1985, p. 376.

<sup>65</sup> *Ib.p.374.*

realización del delito sino situaciones personales de quienes intervienen en él en función de su relación con el autor y según la naturaleza de los actos de contribución que efectúan. No puede decirse, entonces, que la cooperación es un grado a nivel de intervención, porque no se es menos ni más cooperador inmediato, no hay diversos niveles para la fijación de su culpabilidad ni de su penalidad. La sanción siempre dependerá de la que se aplique a su autor (artículo 87 del Código Penal). De esto se extrae que no es correcto afirmar que un delito o una infracción se cometen “en grado de cooperación”.

En consecuencia, es un deber de la autoridad encargada de sancionar el delito o infracción, comprobar el delito a cargo de aquel que tiene el rol de autor, y en cuanto concierne al examen de la culpabilidad, emitirá llanamente un juicio contra la persona que intervino como cooperador inmediato, cómplice o instigador en ese delito, en caso que se considere que su culpabilidad esté acreditada de modo pleno, lo que supone el establecimiento cabal de los hechos que demuestran su condición de cooperador inmediato.

Ahora bien, respecto a la figura del encubridor, vale resaltar que el encubrimiento constituye un delito autónomo en el ámbito de la legislación penal común, por lo que si la LOT no estableció nada respecto a la posibilidad de sancionar este tipo penal autónomo, no creemos posible que en este tipo de procedimiento pueda involucrarse a los sujetos que presuntamente hayan actuado como encubridores de las infracciones establecidas en esta Ley.

**BIBLIOGRAFIA**

**ARAUJO JUAREZ, J.** *Los derechos fundamentales y los medios de protección procesal.* FUNEDA-EJV, Caracas, 1997.

**BENAIM AZAGURI, S.** "Notas sobre la reserva de documentos en el procedimiento administrativo ordinario. Comparación con el procedimiento civil ordinario y el Código Procesal Modelo para Iberoamérica". *Revista de Derecho Probatorio.* Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1997, Nro.8.

**CHIOSSONE, T.** *Sanciones Administrativas.* UCV, Caracas, 1973.

**DE LA CUETARA, J.M.** *Las potestades Administrativas.* Tecnos, Madrid, 1986.

**DE PALMA DEL TESO, A.** *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador.* Tecnos, Madrid, 1996.

**DROMI, J.R.** *El acto administrativo.* Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985.

**GARCIA BELSUNCE, H.** *Derecho Penal Tributario.* Depalma, Buenos Aires, 1985.

**GARCIA DE ENTERRÍA, E.** "El problema jurídico de las sanciones administrativas". *Revista Española de Derecho Administrativo.* Civitas, Madrid, 1976, Julio-Septiembre, Nro.10.

**GARRIDO FALLA, F.** *Tratado de Derecho Administrativo.* Tecnos, Madrid, 1992.

**LAUBADERE, A.-VENEZIA, J.C.-GAUDEMET, Y.** *Traité de droit administratif.* L.G.D.J. París, 1996.

**LOZANO, B.** *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias.* Marcial Pons, Madrid, 1990.

**MAYOR MENENDEZ, P.** "Inspección y régimen sancionatorio". *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones.*

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS SANCIONES  
ADMINISTRATIVAS EN LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES

(García de Enterría, E. - De la Cuadra Salcedo, T., Coordinadores). Civitas, Madrid, 1999, p.695.

**NIETO, A.** *Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos, Madrid, 1994.

**ORTIZ ALVAREZ, L.** *Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

**PARADA, R.** *Derecho Administrativo*. Marcial Pons, Madrid, 1992.

**PAREJO ALFONSO, L.** "La actividad administrativa represiva y el régimen de las sanciones administrativas en el derecho español". *Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas de Derecho Administrativo Allan Brewer Carías*. FUNEDA, Caracas, 1996.

**RODRIGUEZ DEVESA, J.M.** *Derecho penal español*. DYKINSON, Madrid, 1986.

**RONDON DE SANZO, H.** "La potestad sancionatoria en el derecho venezolano. Las formas de la actividad administrativa". *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Allan Brewer Carías*. Funeda, Caracas, 1996.

**SAINZ MORENO, F.** *La "reformatio in peius" en materia de contrabando*. Revista de Administración Pública Española, Madrid, 1975, Nro.76.

**SANTAMARIA PASTOR, J.A.** "¿Crisis definitiva de la 'reformatio in peius'?" *Revista de Administración Pública Española*. Madrid, 1973, Nro. 72,

**SAYAGUES LASO, E.** *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1996

**SOSA GOMEZ, C.** *La naturaleza de la potestad administrativa sancionatoria. Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer Carías*. Funeda, Caracas, 1996.

**LUIS FRAGA PITTALUGA**

**SUAY RINCON, J.** *Sanciones Administrativas*. Publicaciones del Real Consejo de España, Bolonia, 1989.

**VILLEGAS, H.** *Curso de Finanzas y Derecho Financiero y Tributario*. Depalma, Buenos Aires, 1980.



ARÍSTIDES RENGEL-ROMBERG

# **EL JUICIO ORAL EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL VENEZOLANO DE 1987**

**Por: Aristides Rengel -Romberg**

## **SUMARIO**

### **CAPITULO I**

Disposiciones generales

1. Introducción. 2. Los principios fundamentales. 3. Oralidad.
4. Inmediación 5. Concentración. 6. Ambito de aplicación.
7. Carácter especial del procedimiento.

### **CAPITULO II**

De la introducción de la causa

8. La demanda. 9. La contestación de la demanda.

### **CAPITULO III**

De la instrucción preliminar

10. Las cuestiones previas

### **CAPITULO IV**

De la audiencia o debate oral

11. La función de la audiencia. 12. La dirección de la audiencia
13. La apertura de la audiencia. 14. El desarrollo de, la audiencia.
15. El debate sobre las pruebas.

### **CAPITULO V**

La decisión de la causa

16. El pronunciamiento del fallo. 17. La segunda instancia.



## CAPITULO I

### Disposiciones Generales

#### 1. INTRODUCCION.

Al iniciar sus trabajos la Comisión Revisora del Código, de Procedimiento Civil de 1916, tuvo que enfrentarse a dos opciones: a) adoptar un procedimiento radicalmente diferente del actual, que permitiera alcanzar la finalidad de una mejor justicia y de una mayor celeridad en su administración, o b) hacer las modificaciones aconsejables, más o menos profundas, al código vigente, manteniendo su estructura y gran parte de su articulado actual.

Estaba consciente la Comisión de los progresos alcanzados en las legislaciones de otros países, en los cuales, mediante el sistema oral de los juicios, se ha logrado un proceso civil altamente concentrado y con un grado de celeridad envidiables. Sin embargo, estimó la Comisión, que debían tomarse en cuenta las circunstancias concretas, históricas, culturales y jurídicas de nuestro país, las cuales no podían dejarse de lado, sin incurrir en un grave error y en una falta de ponderación adecuada de la realidad en la cual habría de cumplirse el nuevo ordenamiento procesal, en caso de ser sancionado por las cámaras legislativas.

En opinión de la Comisión, un cambio tan profundo y radical del proceso escrito, que por su vigencia de más de cien años en nuestro país, forma parte hoy de la mentalidad jurídica y técnica de los jueces y abogados, por el proceso oral, tan diferente y sin raíces en la cultura jurídica venezolana, no podía ser aconsejable y eficaz sino después de un proceso de experiencias concretas, en ciertas Areas de la justicia civil, que permitieran una comprensión adecuada, no sólo de las nuevas formas y técnicas del procedimiento oral, sino además, de su fundamento teórico y científico, que hicieran posible el desenvolvimiento del nuevo sistema, con la facilidad y la prontitud que sólo llega a alcanzarse con largos años de experiencia.<sup>1</sup>

Por ello se optó por mantener el sistema escrito del procedimiento ordinario vigente, e introducir el juicio oral como un ensayo en

---

<sup>1</sup> Cfr. Exposición de Motivos y Proyectos de Código de Procedimiento Civil. Congreso de la República. Caracas. Noviembre de 1975, pag 3 y 4

determinadas materias y dentro de una limitada cuantía, a fin de contribuir así a la formación progresiva de la mentalidad y experiencia que requiere el juicio oral; de tal forma, que su comprobado éxito pudiera aconsejar la extensión del mismo a otras materias o a todas en general.

Por esta razón - explica la Exposición de Motivos- la Comisión adoptó la sana política de dejar librada al Ejecutivo Nacional la facultad de modificar la cuantía aplicable al juicio oral, suprimir este procedimiento en determinadas materias o extenderlo a otras, y determinar también las Circunscripciones Judiciales y los Tribunales de éstas en los cuales deba iniciarse el juicio oral.

Así, pues, el juicio oral fue concebido como un juicio piloto, a manera de ensayo, en determinadas materias y dentro de una limitada cuantía, y entrará en vigencia por Resolución del Poder Ejecutivo, tomada en Consejo de Ministros, en aquellas Circunscripciones Judiciales y Tribunales de éstas que la Resolución determine, la cual debe indicar, además, la fecha de la vigencia (Art. 880 CPC).

La Comisión de Reforma expresó en la Exposición de Motivos del Proyecto su confianza en que muchos jueces pedirían al Ejecutivo Nacional la asignación a sus tribunales del juicio oral, acelerándose así la experiencia en este tipo de juicio y la formación de la mentalidad jurídica que aconseje, en un futuro no lejano, la extensión del juicio oral a otras materias o a todas en general; pero esta esperanza de la Comisión quedó frustrada, pues desde la entrada en vigencia del nuevo código, el 16 de marzo de 1987 hasta el presente, ni los jueces, ni el Ejecutivo Nacional, ni el Consejo de la Judicatura, ni el Colegio de Abogados, ni los profesionales del derecho en particular, han mostrado interés en comenzar la experiencia del juicio oral en materia civil; lo cual parece ser una tendencia general en Latinoamérica, pues como observa VESCOVI, en estos países el proceso escrito, heredado del proceso romano-canónico del derecho común, ha venido siendo perfeccionado en las distintas reformas habidas en este siglo, pero sin llegar a la consagración del proceso oral en todas sus manifestaciones.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Cfr VESCOVI, Enrique. "La Reforma de la Justicia Civil en Latinoamérica" De. TEMIS Bogotá Colombia 1996 p.15.

## 2. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.

La naturaleza del juicio oral, no se agota en la expresión oral de los actos más importantes de la causa. Oralidad, no es simple "Oratoria." Seríamos llevados a un equívoco insuperable si concibiésemos este método procesal, por oposición al juicio escrito, como un juicio total y absolutamente oral.<sup>3</sup>

En ningún sistema procesal existente, se encuentra un proceso absolutamente oral. La aparente oposición entre escritura y oralidad, se resuelve en el proceso oral -según la feliz expresión de CAPPELLETTI- "en la más favorable relación de coexistencia entre forma oral de los actos procesales y forma escrita de los mismos".

En realidad, oralidad es una expresión sintética, adoptada para indicar un sistema de principios inseparables, al conjunto de los cuales es necesario referirse si se quiere entender el verdadero contenido de esta expresión. Es así cómo la estructura del proceso oral depende de la vigencia de estos tres principios fundamentales: oralidad, intermediación y concentración, los cuales forman los tres términos de un trinomio único, o como dice CARNELUTTI: "la fórmula del concepto chiovendano de la oralidad".

<sup>3</sup>

Son fundamentales para el estudio de la oralidad y de su trascendencia como método de reforma procesal: CHIOVENDA. "Las reformas procesales y las corrientes del pensamiento moderno" en Ensayos de Derecho Procesal Civil. EJEA. Buenos Aires. 1949. Vol. II p. 155 y ss. IDEM. "Relación sobre el Proyecto de Reforma del Procedimiento" elaborado por la Comisión de Postguerra, ob. cit. Vol. II p. 219 y ss. "La oralidad y la prueba", en Riv. Dir. Proc. Civ. 1924, I, p. 5-32. Hay trad. Castellana en Ensayos cit. Vol. II p. 467 y ss. IDEM "Istituzioni di Diritto Processuale Civile". Napoli. 1934 Vol. II, Sez. I, n. 308 y ss. CALAMANDRELL "Oralità nel processo", en Nuovo Digesto Italiano. Vol. IX p. 178 y ss. CAPPELLETTI, Mauro. "Proceso Oral y Proceso Escrito", en el volumen: "La oralidad y las pruebas en el proceso civil" EJEA. Buenos Aires. 1972 p. 1-84. IDEM. "Valor actual del principio de oralidad", ob. cit. p. 85-95 y " Aspectos sociales y políticos del Procedimiento Civil" (Reformas y tendencias evolutivas en la Europa Occidental y Oriental) en el Volumen: "Proceso, Ideologías, Sociedad. EJEA, Buenos Aires. 1974, pp. 33-90. IDEM. "El Proceso Civil en el Derecho Comparado" en Breviarios de Derecho. EJEA. Buenos Aires, 1973, traducción de Santiago Sentis Melendo. IDEM. "La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità." Milano. Giuffrè. 1962. AGUIRRE GODOY, Mario. "Derecho Procesal Civil de Guatemala". 1982. Tomo II, Vol 1'. En el volumen: "Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal" Ed. Stylo. México. 1960, los trabajos de: MORETTI, Raul. "Situación y perspectivas de la oralidad en América, p. 643. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. "Crónica" p. 15.

CAPPELLETTI, Mauro. "Valor actual del principio oralidad" p. 701. y de AGUILAR, Leopoldo. (México); AGUIRRE GODOY (Guatemala) AIRALDI, Julio Cesar (Paraguay). CASTIGLIONO, Antonio (Argentina). GELSI BIDART, Adolfo (Uruguay). LOVATO, Juan Isaac (Ecuador). PEREIRA ANABALON, Hugo (Chile). ROJAS LOPEZ, Antonio (Costa Rica) y SANCHEZ PALACIOS (Perú).

### 3. ORALIDAD.

La forma oral de realización de los actos procesales implica la derogación, pero no absoluta, del principio dominante en el proceso escrito según el cual los actos, tanto de las partes como del Tribunal, deben realizarse por escrito y dejarse un acta de los mismos, sin lo cual no tienen validez en el proceso (*quod non est in actis non est in mundo*).

En el Juicio oral, la expresión y realización oral de los actos, es predominante, sobre todo en aquellos momentos o etapas del proceso en que la oralidad es indispensable, y casi una condición *sine qua non* para la vigencia y el éxito de la inmediación y de la concentración procesal. De allí que, como se verá más adelante, en aquellas fases del proceso en que no se compromete la eficacia y finalidad de estos principios, la escritura juega un papel importante en la fijación de los términos de la controversia; en la prueba preconstituída, y en aquella prueba directa por constituirse en el proceso, pero fuera de la circunscripción territorial del tribunal de la causa.

En esencia, la oralidad tiene su principal papel en aquella fase del proceso en que hay comunicación del juez con las partes, con los testigos y demás personas que intervienen en el mismo, que le permite formarse una convicción inmediata y directa de los hechos trascendentales de la causa, los cuales debe conocer y valorar el juez para dictar su fallo.

Este momento fundamental y clave del proceso oral es la audiencia o debate oral. Por ello el Art. 862 CPC dispone : “La causa se tratará oralmente en la audiencia o debate”.

Si bien la forma oral de los actos predomina sobre la escrita en el proceso oral, el grado de predominio, o la relación de coexistencia entre la oralidad y la escritura, no es uniforme en todos los sistemas orales. En sus particularidades propias, se encuentran diferencias en los diversos sistemas; pero en esencia, puede decirse que en general, un sistema procesal es oral, cuando el material de la causa, a saber: las alegaciones, las pruebas y las conclusiones, son objeto de la consideración judicial solamente si se presentan de palabra.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Cfr MILLAR, Robert. W. “Los Principios formativos de procesamiento civil” Buenos Aires 1945 p. 143 CHIOVENDA, “Istituzioni”. Vol I n 16 A a.

#### 4. INMEDIACION.

El principio de inmediación exige la relación directa del Juez con las partes y con los elementos de prueba (peritos, testigos, lugares y cosas) que él debe valorar para formarse su convicción. Cuando entre el Juez y los elementos de prueba hay un intermediario, como ocurre en el proceso escrito, a tal punto que la convicción del juez se forma bajo el influjo de comunicaciones preparadas por un tercero (Secretario, Notario, Delegado, Comisionado, etc.) entonces el procedimiento se dice de mediación y no de inmediación.<sup>5</sup>

No puede decirse que este principio de inmediación sea exclusivo de los procesos orales. La inmediación es susceptible de ser combinada, tanto con el principio de escritura, como con el de oralidad. Siempre que el juez derive su saber de los hechos de la causa por percepción directa de los mismos, aunque éstos le sean presentados por escrito por las partes, rige el principio de inmediación y no su contrario.

Respecto de la inmediación, se encuentran diferencias más o menos pronunciadas aún en sistemas informados en el mismo principio de escritura. Así, v.gr. en el proceso común europeo y en aquellos que le han seguido estrechamente, el proceso se desarrolla propiamente entre las partes o entre los abogados de las partes, sin intervención del juez, el cual es llamado sólo al final del proceso, para decidirlo en base a los escritos de las partes y a las actas de pruebas recogidas por los Secretarios u otros funcionarios (mediación).<sup>6</sup> En cambio, en otros sistemas, también escritos y derivados de aquel proceso común medioeval, como el nuestro, el juez tiene el deber de examinar a los testigos directamente en la oportunidad de tomar el testimonio, y de recibir las posiciones de las partes, y de examinar personalmente los lugares y las cosas (inmediación); pero está facultado también para designar un juez comisionado para la realización de estos actos (mediación); y de hecho, en muchos casos, no los presencia, dejando su evacuación en manos del Secretario o de Amanuenses del Tribunal.

<sup>5</sup> Cfr MILLAR, ob. cit p 109. CHIOVENDA, "Ensayos" cit Vol II p 254. CALAMANDREI, "Istituzioni" Vol I p 164.

<sup>6</sup> Cfr. CHIOVENDA, "Istituzioni" cit Vol I p 127 CAPPELLETTI "El Proceso civil en el Derecho Comparado cit p 46 y ss.

En verdad la inmediación adquiere toda su trascendencia propiamente en la audiencia o debate, propia de los procesos orales, pues la “audiencia pública” del proceso escrito, en la cual deben realizarse los actos de prueba, no pasa de ser el lapso o tiempo para la realización de actos singulares de la causa, los cuales deben reducirse a un “acta” escrita; pero no es la audiencia o debate oral en que se trata toda la causa, que es el centro del juicio oral. Es por ello, sin duda, que en nuestro proceso escrito y en aquellos semejantes, el juez no se siente en disposición de participar directamente en los actos de pruebas, siendo que por la estructura misma del proceso, él tendrá al final, todo el material escrito que debe examinar para formar su convicción y dictar su fallo.

El tratamiento de la causa oralmente en la audiencia o debate, hace posible y eficaz la inmediación. Por ello el Art. 862 CPC dispone igualmente: “Las pruebas se practicarán por los interesados, en el debate oral, salvo que por su naturaleza deban practicarse fuera de la audiencia. En este caso, la parte promovente de la prueba, tratará oralmente de ella en la audiencia, y la contraparte podrá hacer al Tribunal todas las observaciones que considere pertinentes sobre el resultado o mérito de la prueba”.

Además, cuando la prueba practicada fuera de la audiencia sea la de experticia, se exige en el mismo Art. 862, que se oiga en la audiencia la exposición y conclusiones orales de los expertos y las observaciones que formulen las partes, sin lo cual la prueba carecerá de eficacia y será desestimada por el juez.

En esta forma, aunque la prueba sea evacuada fuera de la audiencia, quedan salvaguardados los principios de oralidad e inmediación, en cuanto es posible, con la exposición oral de los expertos y con el debate que puede provocarse por las partes acerca del resultado de la prueba, en la audiencia. Sin embargo, aún en este caso, la inmediación exige que las pruebas que deban practicarse fuera de la audiencia, se cumplan bajo la dirección del mismo juez que debe decidir la causa, a menos que sea necesario comisionar a la autoridad Judicial de otra circunscripción territorial (Art. 863 CPC).

## 5. CONCENTRACION.

La oralidad y la inmediación se complementan en el juicio oral con la concentración procesal, característica de este tipo de juicio.

La concentración supone el examen de toda la causa en un periodo único. Que se desarrolla en una audiencia (debate) o en pocas audiencias muy próximas, de tal modo que los actos se aproximan en el tiempo y se suceden ininterrumpidamente. Es el principio contrario al del fraccionamiento, que rige en los procesos escritos, en los cuales el desarrollo del proceso se fracciona en multitud de tiempos o etapas del juicio, que se suceden en forma discontinua, separados entre si por lapsos o términos preclusivos que le imprimen al proceso una duración excesiva en el tiempo por la cadena larguísima de actos que lo integran.

Es verdad que por la estructura dialéctica que tiene todo proceso, es inevitable el establecimiento de ciertas fases o etapas en el mismo, que permitan a los contendientes plantear sus pretensiones y ejercer el derecho de defensa en un contradictorio leal y seguro, que mantenga la igualdad de las partes en el proceso. Sin embargo, la concentración en el proceso oral, permite reducir aquellas etapas o tiempos del juicio a dos momentos principales, denominados en general etapa preparatoria o de introducción de la causa, y etapa instructora o de examen y decisión del mismo en la audiencia o debate oral, que culmina con el fallo. Son las mismas fases que en el derecho de los Estados Unidos de América y de Inglaterra, encontramos bajo la denominación de "trial" o debate oral y de "pre-trial" o etapa preparatoria de aquél.

Así, en la introducción de la causa se concentran la proposición de la demanda y la contestación de ésta, con toda la prueba documental, la lista de testigos y las defensas previas y de fondo que el demandado creyere conveniente alegar (Art. 864 CPC y ss.) y en la instructoria, o audiencia oral, se concentra la práctica de las pruebas, el debate sobre las mismas y la decisión de la causa.

Pero esta división no es absoluta. La naturaleza de las cosas exige que en la primera etapa se practiquen aquellas pruebas que no pueden evacuarse en la audiencia (Art. 862 y 863 CPQ) y se decidan aquellas cuestiones previas que deben quedar resueltas antes de pasarse a la audiencia o debate oral para tratar del mérito (Art., 866 CPC).

También en este campo, las diferencias entre los, sistemas de la Europa continental, tanto occidental como oriental, y los del common law, son numerosas e importantes, si se observan las particularidades de cada sistema; pero en esencia, todos ellos han adoptado la audiencia o debate (trial) como centro del juicio oral, en la cual se concentran la mayor parte de los actos de prueba y su ejecución, en un debate franco, leal y de completa inmediación del juez con el material de la causa, que él debe valorar para dictar el fallo.<sup>7</sup>

Después, de analizar someramente los principios fundamentales que rigen al proceso oral, se comprende fácilmente la íntima conexión que existe entre oralidad, inmediación y concentración, al punto de llegar a ser cada uno fundamento y condición del otro, para caracterizar un tipo de proceso antitético del proceso escrito, fraccionado, y mediatizado. Resumiendo estos caracteres, puede decirse que el proceso oral es un proceso concentrado, en el cual las actividades más importantes de la causa se realizan de viva voz, entre presentes, en una audiencia o debate, en el cual, el juez entra en estrecho contacto con las partes y con los medios de prueba que han de formar su convicción para decidir.

## **6. AMBITO DE APLICACION.**

Tomando en consideración el propósito de ensayo con que ha sido introducido el procedimiento oral, la cuestión de su ámbito de aplicación no era de aquellas que podían resolverse con criterio dogmático o definitivo, siendo tan variadas en las legislaciones positivas y en los proyectos de leyes las soluciones acogidas. Sin perjuicio de la facultad que concede al Ejecutivo Nacional la disposición del Art. 880, el código acogió la solución establecida en el Art. 859, según el cual: "Se tramitarán por el procedimiento oral las siguientes causas, siempre que su interés calculado según el Título I del Libro Primero de este Código, no exceda de doscientos cincuenta mil bolívares.

1°Las que versen sobre derechos de crédito u obligaciones patrimoniales que no tengan un procedimiento especial contencioso previsto en la parte primera del Libro Cuarto de este Código.

<sup>7</sup>

Cfr CAPPELLETTI, "El Proceso Civil en el Derecho Comparado" cit p 52 y ss

2° Los asuntos contenciosos del trabajo que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje, y las demandas por accidentes de trabajo.

3° Las demandas de tránsito.

4° Las demás causas que por disposición de la ley o por convenio de los particulares, deban tramitarse por el procedimiento oral.”

La aplicación del procedimiento oral tiene así, un ámbito limitado, tanto, por la cuantía como por la materia.

Al fijarse el límite por la cuantía, se ha querido que el ensayo del juicio oral pueda iniciarse a todos los niveles de competencia por la cuantía, esto es, tanto en los tribunales de Parroquia o Municipio, como en los de Departamento o Distrito y los de Primera Instancia, pues en esta forma se acelerará la experiencia, y los jueces de los diversos niveles de la organización Judicial, podrán ejercitarse en esta clase de procedimiento y tener en su haber la experiencia, a los fines de sus ascensos en el escalafón Judicial. Sin embargo, si bien para el momento de la sanción del nuevo código, la cantidad de doscientos cincuenta mil bolívares, como tope máximo, permitía el propósito perseguido, hoy habría que tomar en cuenta que el tope máximo es el de cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00), pues conforme a la Resolución del Consejo de la Judicatura de fecha 30 de enero de 1996, publicada en la Gaceta Oficial. N° 35.890 de la misma fecha, al cual corresponde según el Art. 15, literal “F” de la Ley Orgánica que lo rige, la atribución de fijar las cuantías de los diversos niveles de la organización judicial, y no al Ejecutivo Nacional, como era para la fecha de la sanción del nuevo código, la cuantía de los Tribunales de Parroquia, así como la de los Municipio categoría D, fue aumentada hasta la cantidad de Dos millones quinientos mil bolívares (Bs. 2.500.000,00); la de los juzgados de Distrito y de Municipio Categoría C a una cuantía superior a los Bs. 2.500.000,00, sin exceder de Cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00); y la de los Tribunales de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, a una cuantía superior a Cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00).

En cuanto al límite por las materias indicadas en la norma del Art. 859, parece conveniente la limitación establecida para las causas sobre derechos

de crédito u obligaciones patrimoniales que no tengan un procedimiento especial contencioso previsto en la Parte Primera del Libro Cuarto del Código, porque estos procedimientos especiales contenciosos, entre los cuales se encuentran: el monitorio o procedimiento por intimación, la vía ejecutiva, la ejecución de la hipoteca y de la prenda, la ejecución de créditos fiscales y el juicio de cuentas, así como también los que versan sobre la propiedad y la posesión, que se basan fundamentalmente en la prueba documental pública o privada, se prestan menos, por su propia naturaleza, al tratamiento oral, amén de que los procedimientos especiales que los contemplan, han sido notablemente simplificados en el nuevo código. En cambio, no ocurre lo mismo con la materia laboral y la de tránsito, que vienen reclamando una reforma a fondo, que permita resolver estas cuestiones con la celeridad y simplicidad que es característica del juicio oral.

Finalmente, corresponden al juicio oral, las demás causas que la ley o la voluntad de las partes, asignen a este procedimiento; con lo cual se abre un campo más amplio para que las disposiciones del procedimiento oral puedan aplicarse a otras materias, y pueda detenerse así la proliferación de procedimientos especiales.

## **7. CARACTER ESPECIAL DEL PROCEDIMIENTO.**

El procedimiento oral es un procedimiento especial en el sistema procesal adoptado por el nuevo código, contemplado en el Título XI de la Parte Primera del Libro Cuarto, que trata de los procedimientos especiales contenciosos, y por tanto, en él se aplican supletoriamente las normas del procedimiento ordinario en todo aquello no previsto en el oral, como lo permiten los artículos 22 y 860 del Código, pero en tales ocasiones, el juez está en el deber de procurar asegurar la oralidad, brevedad, concentración e inmediatez del procedimiento oral. Así pues, en el caso particular del procedimiento oral, la aplicación supletoria de las reglas ordinarias, tiene la mayor trascendencia, por tratarse de un procedimiento nuevo, que evidentemente no ha contemplado en detalle, sino en sus líneas generales, la nueva regulación; por lo que su manejo requerirá indudablemente un esfuerzo mayor por parte de los jueces y abogados en el Foro, con el fin de evitar que resulte desnaturalizado en sus principios fundamentales el procedimiento oral, ni anulada su finalidad por la aplicación de una regla ordinaria que en algún caso pueda resultar en oposición al sistema de principios y a la estructura fundamental del proceso oral.

Un ejemplo práctico puede ilustrar esta cuestión:

Los artículos 864 y 865 exigen del demandante y del demandado, respectivamente, que con la demanda y con la contestación, deberán acompañar toda la prueba documental a su disposición y la lista de testigos, so pena de no admitírseles después, a menos que se trate de documentos públicos y hayan indicado la oficina donde se encuentran.

No establecen dichas normas la oportunidad posterior en que pueden ser admitidos los documentos, como sí lo establece expresamente la regla del procedimiento ordinario contenida en el Art. 435, que permite producirlos en todo tiempo, hasta los últimos informes.

Una aplicación supletoria de esta norma que permitiese la presentación del documento en la audiencia o debate oral, asimilándola a la oportunidad de los informes, dejando de lado el Art. 868, que establece un lapso de cinco días para promover pruebas, sería errónea y estaría en oposición al principio de concentración procesal, no solamente porque en el proceso oral no existen los informes del procedimiento ordinario, ni a éstos puede asimilarse la audiencia o debate oral, sino fundamentalmente, porque del sistema de principios del procedimiento oral aparece que las disposiciones de los artículos 864 y 865 quieren lograr la acumulación o concentración de la prueba escrita o documental con la lista de testigos, antes de la audiencia o debate oral, en la etapa preparatoria, o de introducción de la causa, y por ello, la producción de los documentos en los casos de excepción, deberá hacerse en el lapso de promoción de pruebas a que se refiere el Art. 868, pues la audiencia o debate oral, sólo se fija por el juez, después de admitidas las pruebas, a fin de que se trate de ellas en la audiencia, conforme a los artículos 862 y 872.

## CAPITULO II

### La Introducción de la causa

#### 8. LA DEMANDA.

El procedimiento oral comienza por demanda escrita, que deberá llenar los requisitos exigidos en el artículo 340 para la demanda ordinaria (Art. 864).

Es ésta la primera función de la escritura que encontramos en el procedimiento oral: registrar con certeza los términos de la pretensión que hace valer del demandante, su fundamentación de hecho y de derecho, la petición que hace al órgano jurisdiccional, etc. Se benefician así de este medio de fijación del pensamiento, que es la escritura, tanto las partes involucradas, como la justicia misma, que logra por este medio una certeza indiscutible acerca de la controversia a tratarse en el debate oral. Por la naturaleza y la función misma que tiene esta etapa del juicio oral, que es meramente preparatoria de la audiencia, o debate oral, la escritura juega un papel importante y coexiste así con la oralidad en el conjunto del procedimiento.

La demanda escrita debe llenar los requisitos exigidos en el Art. 340 para la demanda ordinaria; disposición que reafirma también en el procedimiento oral, la importancia que tiene en todo proceso este acto que es cabeza y fundamento del juicio.

En virtud del principio de aplicación supletoria de las disposiciones del procedimiento ordinario en todo aquello no previsto expresamente en el procedimiento oral (Art. 860), rigen en este caso, las reglas del procedimiento ordinario relativas a la admisión de la demanda (Art. 341), a la compulsa, a la orden de comparecencia (Art. 342), y a la reforma de la demanda (Art. 343) etc.; no permitiéndose, como en otros sistemas orales, la reforma de la demanda en la audiencia o debate oral. Hemos seguido en este punto la tradición de nuestro sistema escrito, según la cual, terminado el acto de la contestación, queda precluida la alegación de nuevos hechos, quedando así delimitada ("Trabada") la litis (Art. 364). Es ésta una simplificación introducida en nuestro sistema desde antiguo, que elimina la posibilidad de alegaciones de hechos nuevos con posterioridad a la contestación (réplicas, dúplicas, etc.) y ha dado entre nosotros excelentes resultados.

Con la demanda se deberá acompañar toda la prueba documental de que disponga el demandante, la lista de testigos que rendirán declaración en el debate oral y la petición de posiciones juradas a la contraparte, si lo desea el demandante.

Esta acumulación de pruebas con la demanda, es manifestación del principio de concentración procesal en esta etapa preparatoria o de introducción de la causa. Supone un esfuerzo mayor del demandante, el cual, no sólo debe redactar y presentar su demanda, sino que tiene la carga de promover con ella la prueba documental, la testifical y la de confesión si lo desea (concentración).

Además, tiene como se verá mas adelante, una función importante del lado del juez, el cual ha de estar desde el comienzo del juicio oral, aun desde la etapa preparatoria, en la “arena” -como dicen algunos autores- esto es, controlando y llevando todos los “hilos” de la controversia, sin quedarse “fuera de la arena”, como simple espectador, porque él ha de llegar a la audiencia o debate con el suficiente conocimiento de la causa, tal como viene planteada en la fase preparatoria, a fin de poder luego, al concluir el debate, dictar inmediatamente su fallo.

## **9. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA.**

La contestación de la demanda será presentada también en forma escrita (Art. 865). Es ésta la segunda función que tiene la escritura en esta etapa de preparación o introducción de la causa: registrar con certeza la defensa del demandado. También aquí se aplican supletoriamente las disposiciones del procedimiento ordinario relativas a la contestación.

Así, la contestación tendrá lugar dentro de los veinte días siguientes a la citación del demandado o del último de ellos si fueren varios. (Art. 344), citación que se practicará conforme a las reglas generales (Art. 215 y ss), a cualquier hora de las fijadas en la tablilla a que se refiere el Art. 359 y el escrito de contestación deberá agregarse al expediente, con una nota del Secretario expresando que aquella es la contestación presentada y la fecha y hora de su presentación (Art. 360).

Con la contestación deberá acompañarse toda la prueba documental de que disponga el demandado y la lista de los testigos que rendirán

su declaración en la audiencia o debate oral (concentración). Pero en este caso, la concentración procesal es más amplia, porque no se limita a los medios de prueba documental y testifical, sino que alcanza al contenido mismo de las defensas del demandado, exigiéndose que se acumulen y concentren en el escrito de contestación, tanto las defensas previas como las de fondo o mérito que creyere conveniente alegar el demandado (Art.865). Aquí, la regla especial se separa de la general prevista para el procedimiento ordinario, en el cual la contestación al fondo de la demanda sólo puede darse a falta de cuestiones previas o cuando habiendo sido alegadas éstas, hubiere sido desechadas (Art. 358). La concentración procesal en esta etapa preparatoria del juicio, exige que todas las defensas, tanto previas como de mérito, sean presentadas con la contestación, a fin de que resueltas las primeras, en esta etapa, pueda luego tratarse del mérito en la audiencia o debate, cuyos términos han quedado fijados por las partes mediante la demanda como en el de la contestación.

Tanto en el caso de la demanda como en el de la contestación, si no se acompañare la prueba documental y la lista de los testigos, no se admitirán después, a menos que se trate de documentos públicos y se haya indicado en el escrito respectivo, la oficina donde se encuentran. En este último caso, los documentos deberán producirse en el lapso probatorio indicado en el Art. 868.

Si el demandado no diere contestación a la demanda oportunamente, se aplicará lo dispuesto en el Art. 362, esto es, se le tendrá por confeso en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, si nada probare que le favorezca. Se mantiene así, la regla tradicional en nuestro derecho sobre la ficta confessio, cuyo alcance es la presunción de confesión del demandado acerca de los hechos en que se fundamenta la demanda; pero en este caso rige la regla especial prevista en el Art. 867, según la cual, el demandado deberá promover todas las pruebas de que quiera valerse, en el término de cinco días siguientes al de la contestación omitida, y en su defecto, se procederá como se indica en la (última parte del Art. 362, esto es, que el Tribunal procederá a sentenciar la causa, sin más dilación, en el octavo día siguiente al vencimiento de aquél lapso, ateniéndose a la confesión del demandado; solución ésta razonable, que encuentra su fundamento en la confesión ficta, agravada por la omisión de promover pruebas para desvirtuar la confesión; lo que justifica la no iniciación de un debate innecesario.

Se presenta así la posibilidad, única dentro del procedimiento oral, de que éste pueda concluir sin llegar a la audiencia o debate, decidiéndose en la mera etapa preparatoria del juicio, por la circunstancia ya anotada, de la confesión ficta, agravada por la falta de promoción de pruebas en el término indicado; regla ésta, de un alto valor práctico para la celeridad del proceso, que se justifica por la actitud omisiva del demandado en tales circunstancias.

### CAPITULO III

#### De la instrucción preliminar

#### 10. LAS CUESTIONES PREVIAS.

Después de las disposiciones generales contempladas en el Capítulo I y de la instrucción de la causa, contemplada en el Capítulo II, se consagran en el presente Capítulo las normas relativas a la instrucción preliminar, con lo cual quiere significarse que la limitada instrucción que tiene lugar en esta etapa, es diferente, y realmente preliminar de la instrucción definitiva de la causa que tiene lugar en la audiencia o debate oral.

Como se ha visto anteriormente al comentar el Art. 862, la causa se trata oralmente en la audiencia o debate, y las pruebas se practican por los interesados en el debate oral, salvo que por su naturaleza deban practicarse fuera de la audiencia.

La etapa denominada instrucción preliminar, prevista en el Art. 866, sufrió modificaciones sustanciales en las discusiones parlamentarias, tanto en el nombre, que sustituyó al de “instrucción de la causa” que tenía en el Proyecto del código, como en su contenido. Ella no está dedicada solamente a la práctica de aquellas pruebas que no pueden evacuarse por su propia naturaleza en la audiencia o debate oral, sino también, a tratar y decidir las cuestiones previas que pueden ser propuestas, en la contestación de la demanda (Art. 866-867); a resolver sobre la situación a que da lugar la omitida contestación de la demanda y de la subsiguiente promoción de pruebas (Art. 868).

Del contenido del primer aparte del Art. 868, según el cual, verificada oportunamente la contestación de la demanda, y subsanadas o decididas las cuestiones previas que el demandado hubiere propuesto, el

Tribunal fijará uno de los cinco días siguientes y la hora para que tenga lugar la audiencia preliminar, aparece claramente la distinción entre ésta y la instrucción preliminar de que tratan los Art. 866 y 867, pues mientras esta se limita a la resolución de las cuestiones previas planteadas por el demandado en el escrito de contestación a la demanda, la audiencia preliminar tiene por objeto la determinación por cada parte, de aquellos hechos que trata de probar la contraria y que admiten como ciertos; aquellos que cada parte considera probados con las pruebas aportadas, con la demanda y la contestación; las pruebas que consideren superfluas, impertinentes o dilatorias, y las que se proponen aportar en el lapso probatorio; y cualesquiera otras observaciones que contribuyan a la fijación de los límites de la controversia. Y aunque las partes, o alguna de ellas no hubiesen concurrido a la audiencia preliminar, el Tribunal hará la fijación de los hechos y de los límites de la controversia dentro de los tres días siguientes, por auto razonado, en el cual abrirá también el lapso probatorio de cinco días para promover pruebas sobre el mérito de la causa.

Por lo demás, conforme lo dispone el Art. 869 la audiencia preliminar no será fijada por el juez en caso de proponerse reconvencción por el demandado, hasta que la demanda y la reconvencción puedan continuar en un solo procedimiento. Del mismo modo, cuando alguna de las partes solicitare la intervención de terceros a que se refieren los ordinales 4° y 5° del Art. 370, la fijación de la audiencia preliminar se hará el día siguiente a la contestación de la cita o de la última de estas si fueren varias, de modo que se sigan en un solo procedimiento; y en los demás casos de intervención de terceros a que se refieren los ordinales 1°, 2° y 3° del Art. 370, el Tribunal sólo admitirá las tercerías si estas fueren propuestas antes del vencimiento del lapso probatorio a que se refiere el Art. 868, caso en el cual se suspenderá el curso del principal hasta que concluya el término de pruebas de las tercerías, en cuyo momento se acumularán al juicio principal. En ningún caso la suspensión del juicio principal excederá de noventa días, sea cual fuere el número de Tercerías propuestas. Evacuadas las pruebas a que se refiere el artículo anterior y el presente artículo, el Tribunal fijar uno de los treinta días siguientes del calendario y la hora para que tenga lugar la audiencia o debate oral. (Art. 869).

Como se ve, la instrucción preliminar está limitada a la resolución de las cuestiones previas, antes de la audiencia o debate oral, para que éste quede expedito para el tratamiento oral del mérito de la causa. La audiencia preliminar se limita a la Fijación por las partes de los hechos

que recíprocamente admiten como ciertos; los que consideran probados con las pruebas aportadas con la demanda y la contestación; la objeción a las pruebas que consideren superfluas, impertinentes o dilatorias; la expresión de las que se proponen aportar en el lapso probatorio y en general a la fijación de los límites de la controversia. De esta audiencia se levantará acta y se agregarán a ella los escritos que hayan presentado las partes. Y la audiencia o debate oral tiene por objeto el tratamiento de la causa (Art. 862); la práctica de las pruebas promovidas en el lapso de cinco días fijado por el Juez en la audiencia preliminar (Art. 868, 2º aparte), y el debate oral sobre las pruebas recibidas.

#### CAPITULO IV

##### De la audiencia o debate oral

### 11.LA FUNCIÓN DE LA AUDIENCIA

La audiencia o debate oral es el centro del juicio oral. El principio fundamental a este respecto está consagrado en el Art. 862 según el cual, “ La causa se tratará oralmente en la audiencia o debate”. Es la etapa propiamente oral del juicio, que sigue inmediatamente después de la audiencia preliminar, esencialmente escrita. Su función no se limita exclusivamente a la práctica de las pruebas por los interesados, sino a crear también en esta etapa, un debate contradictorio sobre todas las pruebas, en el cual no sólo pueden intervenir las partes interesadas, sino también el propio juez, para formular interrogatorios; lo que resulta muy beneficioso para la convicción que debe formarse el juez de la verdad o falsedad de los hechos de la causa y para la justicia de la decisión. Tienen así plena vigencia en esta etapa del juicio, los principios fundamentales que niegan al proceso oral: la oralidad, la inmediación y la concentración, a que hemos hecho referencia antes.

Si bien el principio fundamental es que todas las pruebas deban practicarse por los interesados en la audiencia o debate oral, hemos visto que algunas de ellas, por su propia naturaleza, deben practicarse fuera de la audiencia. En este caso, se exige que la parte promovente de la prueba evacuada en la etapa preliminar, trate oralmente de ella en la audiencia, y la contraparte puede hacer al tribunal todas las observaciones que considere pertinentes sobre el resultado o mérito de la prueba. Esta exigencia no se excluye ni aún en el caso de la prueba de experticia practicada fuera de la audiencia oral, pues en este caso, en cumplimiento de la inmediación, se

oirá también en la audiencia la exposición y conclusiones orales de los expertos y las observaciones que formulen las partes, sin lo cual la prueba carecerá de eficacia y será desestimada por el juez (Art. 862).

## **12. DIRECCION DE LA AUDIENCIA.**

Conforme al Art. 870, la audiencia o debate oral es presidida por el juez, quien será su director, y tiene todas las facultades disciplinarias y de orden para asegurar la mejor celebración de la misma (Art. 872). Como según la regla general relativa al lugar de los actos procesales (Art. 191). Los jueces no podrán despachar los asuntos de su competencia, sino en el lugar destinado para sede del Tribunal, a no ser para los actos respecto de los cuales acuerden previamente otra cosa conforme a la ley, de oficio o a petición de parte, está establecido especialmente, para el caso de la celebración de la audiencia o debate oral, que de no existir facilidades en la sede del Tribunal, éste podrá disponer que la audiencia oral se celebre en otro lugar apropiado, determinación que deberá tomar el juez al Fijar el día y la hora de la audiencia (Art. 870). Surge así la posibilidad -como explica la Exposición de motivos- de que con ahorro de medios, pueda el Ejecutivo Nacional (hoy el Consejo de la Judicatura), destinar salas o auditorios especiales para la celebración de las audiencias o debates orales, lo que contribuirá, además, a la majestad de la justicia y a la divulgación de los procesos judiciales, con gran provecho de la formación de la mentalidad jurídica democrática del pueblo venezolano.

La facultad que concede al juez el último aparte del Art. 862, de hacer a las partes en la audiencia o debate los interrogatorios que considere necesarios, tiene la mayor trascendencia en el proceso oral, en el cual el juez deja de ser un mero espectador de la lucha entre las partes, para convertirse en el verdadero director del debate oral. Esta facultad podrá ser muy eficazmente ejercida por el juez, si como es lo procedente, él llega a la audiencia o debate oral con perfecto conocimiento de los términos de la controversia, planteados en la etapa preparatoria con la demanda y la contestación escritas y con conocimiento de las pruebas documentales promovidas por las partes y de aquellas que por excepción han debido practicarse en esa etapa, fuera de la audiencia oral, así como también, de la admisión que hubieren hecho las partes en la audiencia preliminar de alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad, como lo dispone el segundo aparte del Art. 868, o de aquellos considerados por las partes admitidos o probados con

las pruebas aportadas con la demanda y la contestación, sin perjuicio de que a falta de comparecencia de las partes o de alguna de ellas a esta audiencia preliminar, el Tribunal haga la fijación de los hechos y de los límites de la controversia, dentro de los tres días siguientes en auto razonado, y fije el lapso de cinco días para la promoción de pruebas sobre el mérito de la causa.

Con vista de todos estos elementos, el juez estará en capacidad, en la audiencia oral, de hacer a los testigos los interrogatorios que considere pertinentes, y hacer a los peritos las preguntas y exigir las aclaraciones que considere necesarias, después de oír su exposición oral y las conclusiones del informe pericial. Respecto del interrogatorio que puede hacer el juez a las partes mismas, existiendo la posibilidad de que la audiencia o debate oral se realice sin la presencia física de las partes, solamente con la de sus apoderados judiciales, resulta indispensable que el juez, para ejercer esta facultad, lo disponga expresamente, mediante el respectivo auto, sin necesidad de citación, pues las partes están a derecho.

No debe confundirse este interrogatorio libre de las partes que puede realizar el juez en la audiencia oral, con las posiciones juradas que pueden promover las partes. El interrogatorio por el juez, no se hace bajo juramento, no requiere una forma asertiva, como las posiciones juradas, y la negativa a contestar o la contestación no terminante, no tienen la sanción de la confesión, como en el caso de las posiciones juradas. Por tanto, el juez debe estimar, según su prudente arbitrio, las circunstancias que pudieron determinar una negativa a contestar, o las de una contestación no categórica, o los motivos de la no-comparecencia y sacar de ellas las presunciones o indicios que la prudencia le aconsejen.

### **13. APERTURA DE LA AUDIENCIA.**

Llegado el día y la hora fijada para la audiencia oral, el juez que la dirige la declarará abierta (Art. 872).

La audiencia se celebrará con la presencia de las partes o de sus apoderados (Art. 871). Si ninguna de las partes ni sus apoderados concurrieren a la audiencia, el proceso se extingue, con los efectos que indica el Art. 271, esto es, que el demandante no podrá proponer de nuevo la demanda antes de que transcurran noventa días continuos, después de verificada la perfección.

Si concurre a la audiencia una sola de las partes, o sus apoderados, se oirá su exposición oral y se practicarán las pruebas que le hayan sido admitidas, pero no se practicarían las pruebas de la parte ausente. Es indiferente cuál sea la parte ausente en la audiencia, si la demandante o la demandada. Las situaciones están claramente establecidas en las disposiciones del Art. 871.

En esta materia, el interés de las partes puede determinar la celebración o no de la audiencia oral. En efecto, si la parte ausente es la demandante, puede interesar a la demandada no hacerse presente, y dar lugar a la extinción de la instancia por falta de comparecencia de ambas partes; pero si la parte ausente es la demandada, parece obvio que la demandante, siendo la parte instante, con la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, esté interesada en la celebración de la audiencia, el día y la hora fijada por el Tribunal, no tiene establecido un lapso de espera para las partes, ni se identifica con la contestación de la demanda, la cual puede ser presentada, en el sistema escrito ordinario, en cualquier día del lapso de comparecencia y a cualquier hora de las indicadas en la tablilla (ART. 359). La inasistencia de ambas partes a la audiencia o debate es causa de extinción de la instancia en el procedimiento oral, como sanción a las partes negligentes.

#### **14. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA.**

Iniciada la audiencia con la presencia de ambas partes, el juez concederá la palabra al actor o demandante para que haga una breve exposición de su caso. No tiene este acto la significación de la ratificación de una demanda escrita, presentada en la etapa de la presentación de la causa, sin la cual aquella no tenga trascendencia a los fines del proceso. Tampoco tiene esta exposición del demandante la significación de una conclusión definitiva acerca de los hechos controvertidos, de tal modo que aquellos hechos alegados oralmente en esta audiencia no puedan considerarse incluidos en los términos de la defensa o contestación, se fijan, en el procedimiento oral, en la demanda y la contestación y cualesquiera otras observaciones que contribuyan a la determinación de los límites de la controversia; la hará de todos modos el Tribunal, dentro de los tres días siguientes a la audiencia preliminar, por auto razonado, en el cual abrirá también el lapso probatorio de cinco días para promover las pruebas sobre el mérito de la causa. Así, pues, el sentido de la breve exposi-

ción del actor, es el de plantear a la consideración del Tribunal, una síntesis de la pretensión que ha hecho valer en la demanda, y de los aspectos relevantes de la misma, pero sin leer documentos que aparezcan del expediente y por la condición de brevedad que debe tener la exposición, el juez puede, en todo caso, hacer cesar la exposición del demandante y conceder la palabra al demandado para que haga a su vez la exposición breve de los términos de su defensa.

Concluidas estas breves exposiciones del actor y del demandado, comenzaría a recibirse las pruebas de ambas partes, comenzando siempre por las del actor. En la evacuación de las pruebas se seguirán las reglas del procedimiento ordinario, en cuanto no se opongan a este procedimiento oral, pero en ningún caso se redactará acta escrita de cada prueba singular, sino que a los fines de la apelación, se dejará un récord o grabación de toda la audiencia o debate oral por algún medio técnico de reproducción o grabación. En este caso se procederá como se indica en el Único aparte del Art. 189.

Aquí es conveniente referimos a ciertas cuestiones prácticas que algunos han considerado impositivas del desarrollo del debate:

- 1°. Como el desarrollo de la audiencia o debate oral requiere ciertas facilidades de espacio en la Sala de Audiencias, que no existen actualmente en los locales de los tribunales, está previsto expresamente (Art. 870) que en caso de no existir facilidades en la sede del Tribunal, éste podrá disponer que la audiencia oral se celebre en otro lugar apropiado.

Surge así la posibilidad de que, con ahorro de medios, se puedan destinar Salas o Auditorios especiales en los lugares en que esto en vigencia el juicio oral, para la celebración de estas audiencias, lo que contribuirá indudablemente, a la majestad de la justicia y a la divulgación de los procesos judiciales.

- 2°. A los fines del récord o grabación de la audiencia oral por algún medio técnico de reproducción o grabación, a que se refiere el Art. 872, es evidente que en los Tribunales actuales se carece de estos medios para dar cumplimiento a la

disposición legal. Sin embargo, pensamos que bien el Consejo de la Judicatura, con sus propios medios, o bien empresas privadas que encontrarán en esta necesidad un mercado razonable para ofrecer los medios técnicos de reproducción o grabación, podrían subsanar este efecto, que por lo demás no es insuperable.

3°. En los casos en que en un mismo Tribunal se sigan diversos procedimientos, entre ellos el oral, se ha tratado de evitar la paralización de las actividades en los juicios escritos, durante el tiempo del debate oral, autorizando al Ejecutivo Nacional (hoy el Consejo de la Judicatura con competencia para ello), para designar uno o más Relatores que actúen en los procesos escritos, para permitir así al juez natural ocuparse plenamente de la audiencia o debate oral y asegurar de este modo la concentración y la inmediación procesales, características del juicio oral (Art. 861). Además, conforme al Art. 125, en los tribunales unipersonales, el juez puede solicitar de la autoridad competente, el nombramiento temporal o permanente de uno o más Relatores, quienes prestarán al juez la colaboración que éste determine, en la sustanciación y estudio de las causas e incidencias que dicho funcionario les encargue. Así, la cuestión que en otros sistemas se ha planteado, acerca de la inconveniencia de que en un mismo Tribunal se sigan procedimientos diversos, entre ellos el oral, por lo cual se ha propugnado la creación de tribunales especiales para el juicio oral, entre nosotros aparece razonablemente solucionado el problema, mediante la institución de los Relatores, que están llamados a jugar un gran papel como auxiliares en los tribunales unipersonales que se encuentren recargados de asuntos. Se evitaría así, la proliferación de tribunales especiales, que es uno de los propósitos fundamentales de la reforma introducida en el nuevo código.

## **15. DEBATE SOBRE LAS PRUEBAS.**

Recibidas las pruebas de una de las partes en la audiencia oral, el juez concederá a la contraria, un plazo breve para que haga oralmente las observaciones que considere oportunas, o las preguntas a los testigos. En

todo caso, el juez podrá hacer cesar la intervención de la contraparte, cuando considere suficientemente debatido el asunto.

Se produce así, un debate contradictorio sobre todas las pruebas, y el juez puede intervenir para formular interrogatorios; lo que resulta beneficioso para la convicción que debe formarse el juez de la verdad o falsedad de los hechos de la causa y para la justicia de la decisión.

El debate sobre las pruebas en la audiencia oral, puede prolongarse a petición de cualquiera de las partes, hasta agotarse el debate en el mismo día, con la aprobación del juez; pero si no fuere suficiente la audiencia fijada, se prevé que el juez fije otra dentro de los dos días siguientes (Art. 874) para la continuación del debate, y así, cuantas sean necesarias hasta agotarlo, asegurándose siempre la vigencia del Municipio de concentración, que es fundamental en este tipo de procesos.

Son evidentes las ventajas de este sistema y las exigencias del mismo, tanto para las partes como para el juez. El debate probatorio llega a ser así, un debate vivo, franco, leal y directo, dirigido y percibido inmediatamente por el juez, el cual, ya no es un simple espectador, como en el proceso escrito, sino que se encuentra inmerso en el mismo, ejercitando todas las facultades y deberes que le impone la ley para descubrir la verdad y llevarlo hasta su fin.

## **CAPITULO V**

### **La decisión de la causa**

#### **16. EL PRONUNCIAMIENTO DEL FALLO.**

La conclusión del debate oral conduce inmediatamente a la decisión de la causa. El juez debe retirarse de la Sala por un tiempo no mayor de treinta minutos, mientras tanto, las partes permanecen en la misma (Art. 875). Vuelto a la Sala, el Juez pronunciará oralmente su decisión, expresando el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho (Art. 876). Sin embargo, el juez está obligado a extender por escrito el fallo y consignarlo completo en el expediente de la causa, dentro del plazo de diez días, dejando constancia el Secretario del día y hora de la consignación (Art. 877). El fallo será redactado en términos claros, precisos y lacónicos, sin necesidad de narrativa ni de transcripciones de actas ni de documentos que consten de autos; pero, contendrá los

motivos de hecho y de derecho de la decisión y los demás requisitos exigidos en el Art. 243.

*Se manifiesta aquí también, en esta etapa del juicio, la intervención de la escritura como medio insustituible de fijar y conservar este acto final del proceso, que es la sentencia*

La decisión de la causa inmediatamente después de concluida la audiencia o debate oral, supone, como se ha visto, que el juez ha tenido un rol activo desde la instrucción de la causa hasta el debate oral, que le ha permitido conocer exactamente los términos de la controversia, las pruebas y su mérito para la causa, así como también la verdad o falsedad de los hechos, de tal modo que se encuentra en capacidad de pronunciar oralmente el dispositivo del fallo conforme a la convicción que se ha formado finalmente en el debate sobre las pruebas, dejando de ser así el Juez, un simple espectador de la lucha de las partes, como ocurre en el proceso escrito, para convertirse, ahora, en el verdadero director del proceso, desde su comienzo hasta su fin, que es el pronunciamiento del fallo.

## **17. LA SEGUNDA INSTANCIA.**

En el procedimiento oral la sentencia definitiva tiene apelación en ambos efectos, en el plazo ordinario, el cual comenzará a correr el día siguiente a la consignación del fallo en el expediente; en cambio, las sentencias interlocutoras son inapelables, salvo disposición expresa en contrario. El procedimiento de segunda instancia será escrito y se seguirá según las reglas previstas, para dicha instancia en el procedimiento ordinario. (Art. 878-879); por tanto, no se admiten otras pruebas sino las de instrumentos públicos, posiciones, juradas y juramento decisorio (Art. 516-522); puede el Tribunal dictar auto para mejor proveer y la sentencia definitiva debe dictarse dentro de los treinta días siguientes al acto de informes. Contra esta decisión puede anunciarse recurso de casación en los casos en que es admisible.

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

# REFLEXIONES SOBRE LA NUEVA ORDENACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO

*José Ignacio Hernández G.\**

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

#### I. LA REGULACIÓN TRADICIONAL DEL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO

A. Características generales

B. Causas de la crisis de la regulación tradicional

#### II. PRINCIPIOS DE LA NUEVA ORDENACIÓN

A. Postulados generales: el nuevo rol del Estado en el sector eléctrico

B. El sector eléctrico como servicio público. La necesaria revisión de un concepto tradicional

#### III. LA NEO-REGULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO

A. La nueva regulación económica en el sector eléctrico: el ámbito de la libertad económica

B. Tipos de neo-regulación en el sector eléctrico venezolano

#### IV. EL ALCANCE PRÁCTICO DE LA NUEVA ORDENACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO.

## INTRODUCCIÓN

A través de la Ley del Sector Eléctrico (en lo adelante, LSE)<sup>1</sup> se ha introducido en Venezuela el cambio más importante en la regulación jurídica del sector eléctrico. Tradicionalmente sometido a una dispersa normativa de rango sub-legal, el sector eléctrico cuenta, ahora, con una Ley cuyos objetivos principales son, por un lado, la *reordenación del sector* y por el otro, su *liberalización*.

Hay una *reordenación del sector*, desde que la Ley ha incorporado parte de los principios del régimen derogado que estaban contenidos en normas sublegales. La ausencia de una Ley reguladora en el sector eléctrico atentaba contra el principio de seguridad jurídica y, por tanto, contra el

\* Abogado *summa cum laude*, Universidad Católica Andrés Bello, 1997. Este trabajo se inserta en la investigación que el autor realiza a los fines de la elaboración de la Tesis Doctoral, en el marco del Programa de Doctorado "Problemas Actuales de Derecho Administrativo", Universidad Complutense de Madrid, España.

<sup>1</sup> Vid. Decreto-Ley número 319, de 17 de diciembre de 1999, publicado en la Gaceta Oficial número 36.791, de 21 de septiembre de 1999.

desarrollo y progreso del servicio eléctrico. Ello aparece reflejado en la Exposición de Motivos de la LSE, en la cual se destaca, como uno de los problemas que ésta pretende solucionar, la ausencia de "... un instrumento que sirva ya no sólo para regular las distintas relaciones jurídicas que emergen de esta actividad, sino también como instrumento de política económica y social en manos del Estado...".

Pero además, habíamos señalado que la nueva Ley parte de la *liberalización* del sector. El término liberalización comprende, en general, el conjunto de instrumentos arbitrados por el Estado para racionalizar y reducir la intervención pública en el orden económico, ampliando el ámbito de actuación de la libertad económica y de la libre competencia. Particularmente, la Ley ha puesto énfasis en el fomento de la libre competencia en el sector eléctrico: la regulación contenida en la LSE –según su Exposición de Motivos- introduce "... formas novedosas para garantizar una verdadera y real competencia...".

El objeto de este estudio es, precisamente, analizar los principios generales que informan la nueva ordenación del sector eléctrico, desde estas dos finalidades. Para ello, y en *primer lugar*, abordaremos los principios del régimen derogado, muchos de los cuales, como habíamos señalado, han sido preservados en la nueva Ley. En *segundo lugar*, estudiaremos cuáles son los objetivos y fundamentos de la LSE, haciendo especial consideración en la calificación del sector como *servicio público*.

A continuación, y en *tercer lugar*, trataremos la neo-regulación que la Ley implementa, cuyo principal objetivo es fomentar la libre competencia en el sector eléctrico. Finalmente, y en *cuarto lugar*, realizaremos unas consideraciones finales sobre el alcance práctico de la nueva ordenación en el sector eléctrico, en lo que atañe a la vigencia de la libertad económica y libre competencia.

Además, con el presente estudio pretendemos aclarar cuál es la orientación que debe darse a la nueva Ley, pues los términos en ella empleados –muchas veces contradictorios- dificultan una adecuada interpretación. En efecto, la Ley parte de conceptos que, en principio, son antagónicos: servicio público e intervención, por un lado, y libertad y libre competencia, por el otro. Nuestra intención con estas reflexiones será *conciliar* estos conceptos, tratando de identificar cuál es, en realidad, el alcance de la nueva ordenación del sector eléctrico en Venezuela, para

lo cual tendremos en cuenta la nueva regulación del servicio eléctrico que se ha implementado en Europa y que ha servido de base al elaborar la vigente LSE.

## I. LA REGULACIÓN TRADICIONAL DEL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO

### A. Características generales

Debemos partir de una premisa: el sector eléctrico está constituido por *actividades económicas* que, necesariamente, deben ser reguladas por el Estado. Estamos por tanto frente a un conjunto de actividades cuya naturaleza exige la intervención de los Poderes Públicos en su ordenación y disciplina.

La primera razón que justifica esa intervención es *técnica*. Así, y en primer lugar, debemos señalar –como indica JUAN DE LA CRUZ FERRER– que la gran peculiaridad de la electricidad es que no se puede almacenar: por ello, la producción de electricidad “... debe responder a la demanda en cada instante ...”<sup>2</sup>. Ello exige la coordinación entre la generación, el transporte, distribución, y la comercialización, para lo cual el Estado interviene *centralizando* la oferta y la demanda.

Dentro de esta orientación, debemos destacar igualmente que la vinculación de las actividades eléctricas a una *infraestructura de red* justifica igualmente la intervención pública. Conviene así precisar qué entendemos por *infraestructura de red*, para luego analizar cuál es la incidencia de esa *infraestructura* en el sector eléctrico.

Determinadas actividades económicas requieren, para su desarrollo, de una *red*, la cual puede ser definida como el “... soporte subyacente, sólido, territorial, físico...” que constituye, a su vez “... la ‘infraestructura material’ de las empresas que en ellos actúan...”<sup>3</sup>. Como estas actividades dependen, para su desarrollo, de la utilización de la red, se genera el denominado *monopolio natural*. Por su propia naturaleza, las actividades con tecnología de red tienden a configurar monopolios: la

<sup>2</sup> Cfr.: CRUZ FERRER, JUAN DE LA, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, páginas 17 y 19.

<sup>3</sup> Vid. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL, “Sobre las infraestructuras de red”, en *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI)* número 1, Madrid, 1998, páginas 19-25.

infraestructura de red no puede ser empleada indiscriminadamente por todos los operadores, ni tampoco pueden construirse fácilmente nuevas infraestructuras<sup>4</sup>. Por ello, las actividades con tecnología de red se prestan con mayores criterios de eficiencia, mientras *menos* sean los operadores que en ellas intervengan.

Ello ocurre en el sector eléctrico, desde que para el desarrollo de ese sector es imprescindible la utilización de una red –la red de transporte eléctrico- cuyo adecuado empleo –dada su tendencia al monopolio- justifica igualmente la intervención del Estado.

Pero además, consideraciones *jurídicas* y *políticas* exigen la intervención pública en el sector eléctrico. En efecto, la electricidad, además de una actividad económica, es una *actividad prestacional* que satisface una necesidad de interés general. De esa manera, corresponde al Estado –en virtud de la *cláusula del Estado social*<sup>5</sup> - garantizar el adecuado

<sup>4</sup> Sobre el monopolio natural en el sector eléctrico, se ha señalado lo siguiente: "... desde el punto de vista económico, se piensa que se produce un monopolio natural cuando la tecnología de producción –costes fijos altos en términos relativos- produce costes medios decrecientes a largo plazo a medida que aumenta la producción. En tales industrias, un solo productor será capaz de producir a costes más bajos que varios productores produciendo alternativamente, consiguiéndose así un monopolio natural, pues en caso de que haya más de un productor los precios serán más altos..." (cfr.: TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, JESÚS, "Liberalización eléctrica en España", en *Competencia y Sector Eléctrico: Un Nuevo Régimen Jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, página 51).

<sup>5</sup> La cláusula del Estado social está contenida en el artículo 2 de la Constitución de 1999, el cual postula que *Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia*. Dicha norma es *jurídicamente vinculante* y genera para el Estado venezolano *obligaciones positivas*. En efecto, y a consecuencia de esta cláusula los Poderes Públicos deben actuar para la conformación del orden económico y social, en atención a los *valores superiores* a que se refiere el artículo 2, antes citado. En virtud de ese artículo el Estado venezolano debe intervenir en el orden económico para *garantizar* la satisfacción de determinadas necesidades, entre las cuales encontramos al suministro eléctrico, indispensable para el desarrollo económico y para la procura de la existencia *provechosa* del ciudadano, fines éstos que el Estado –junto con la iniciativa privada- ha de satisfacer, *ex artículo 299* constitucional.

En cuanto al carácter vinculante de cláusula constitucional del Estado social, vid., entre otros, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, *Derecho Administrativo Económico*, La Ley, Madrid, 1988, página 44; PAREJO ALFONZO, LUCIANO, *Estado Social y Administración Pública. Los postulados Constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, 62-65, y MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio Público y Mercado, Tomo I, Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, páginas 110-112. ERNESTO BENDA mantiene ese criterio, pero referido a la cláusula del Estado Social en Alemania (*Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, Madrid, 1996, páginas 521-525).

Téngase en cuenta, además, que el carácter vinculante de la cláusula del Estado social –aceptado por la doctrina antes citada- tiene en Venezuela un fundamento adicional: el artículo

*suministro eléctrico*, tal y como consagra el artículo 2 de la LSE, lo que se vincula con *los derechos constitucionales positivos de contenido social*, cuya satisfacción requiere, necesariamente, la intervención del Estado<sup>6</sup>. De esa manera, el suministro eléctrico se relaciona íntimamente con el derecho fundamental consagrado en el artículo 82 de la Constitución, según el cual "... toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, *con servicios básicos* que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias..." (destacado nuestro). No obstante, y sobre la base del principio de *solidaridad* que la Constitución consagra (artículo 2) la obligación derivada del artículo 82 constitucional debe ser atendida por el Estado y por el sector privado, lo que legitima, respecto este último, la imposición de *obligaciones especiales* que garanticen el suministro eléctrico<sup>7</sup>.

En virtud de lo anterior, podemos afirmar que la intervención del Estado en el sector eléctrico es, además de justificada, necesaria. Asunto del todo distinto es cuál es la *intensidad que esa intervención puede asumir*. El sector eléctrico se ha caracterizado en el Derecho Comparado por la *intervención intensa del Estado*, que se manifiesta no sólo a través de una regulación económica —que disciplina el ejercicio de todas las actividades del sector— sino también por la *reserva* que, sobre todo o parte del sector, se realiza<sup>8</sup>.

El sector eléctrico venezolano no ha sido la excepción. Así, la regulación tradicional de la electricidad se ha caracterizado por su *dispersión*, por el *insuficiente rango formal de las normas jurídicas de*

---

7 —con una clara influencia en la doctrina del Catedrático español GARCÍA DE ENTERRÍA— propugna el valor normativo de *toda la Constitución*, incluyendo por tanto al artículo 2. Sobre esta tesis, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, específicamente páginas 63-71. En nuestra opinión, la redacción del artículo 7 de la Constitución parte, principalmente, del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española (Ley 5/1985), el cual, acogiendo la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA, propugna que *la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico*.

6 Cfr.: PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, páginas 227-229.

7 A ello responde la idea de las *obligaciones de servicio público* sancionadas en la LSE.

8 En relación con este *modelo tradicional* en el Derecho comparado, pueden verse los trabajos de CRUZ FERRER, JUAN DE LA, *La liberalización...*, ob. cit., páginas 20 y siguientes y VILLAR ROJAS, FRANCISCO, *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993, páginas 207 y siguientes.

*ordenación del sector, por la intensa intervención de los Poderes públicos, y por la interactuación de distintas personas político-territoriales. Desarrollaremos a continuación estas cuatro características.*

*a. Dispersión.*

El sector eléctrico venezolano, hasta 1996, se encontraba regulado por diversas normas sub legales, sin unidad de ningún tipo. Por ello, el régimen del sector eléctrico se caracterizaba por la dispersión y heterogeneidad de sus normas, lo que producía *inseguridad jurídica* ante la ausencia de un régimen jurídico estable y uniforme<sup>9</sup>.

*b. Insuficiencia del rango formal de las normas jurídicas de ordenación del sector.*

La anterior situación fue resuelta por el Decreto número 1.558<sup>10</sup> contentivo de las *Normas para la Regulación del Sector Eléctrico*, por medio del cual se unificó la normativa que, hasta entonces, regulaba el sector. Lo aquí nos interesa destacar es que el marco regulatorio del sector eléctrico –nótese bien– estaba contenido en una *norma de rango sublegal*.

Bajo la vigencia del Decreto 1.558 regía en el sector eléctrico la libertad económica<sup>11</sup>: la electricidad no era, conforme esa normativa, una actividad de *titularidad pública*, sino una actividad de *titularidad privada*. Como consecuencia de ello, regía también la *garantía constitucional de la libertad económica*, que no es otra que la *reserva legal* a que se refería el artículo 96 de la Constitución de 1961<sup>12</sup>. En virtud de esa

<sup>9</sup> Cfr.: el estudio que, sobre el sector eléctrico, ha sido publicado en la página web [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com)

<sup>10</sup> Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela del 30 de octubre de 1996, número 36.085, de 13 de noviembre de 1996. Respecto a este Decreto y sus antecedentes, además del estudio citado en la nota anterior, vid. ORTIZ-ALVAREZ, LUIS, y FISCHBACH, NOEMI, "Régimen jurídico del sector eléctrico en Venezuela", en *Revista de Derecho Administrativo número 3*, Caracas, 1998, páginas 83 y siguientes.

<sup>11</sup> En este mismo sentido, véase el estudio de ORTIZ-ALVAREZ y FISCHBACH, "Régimen jurídico del sector eléctrico en Venezuela", ob. cit., página 108.

<sup>12</sup> Disponía el artículo 96 de la Constitución de 1961 que *todos pueden dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social*. De allí que la iniciativa económica privada, como derecho constitucional, sólo podía ser limitado por la Constitución y por *Leyes*.

norma constitucional, la iniciativa económica privada solamente podía ser limitada por la propia Constitución o por actos *con rango y fuerza de Ley*. Sin embargo, el Decreto 1.558 impuso limitaciones al ejercicio de actividades económicas privadas en el sector eléctrico –tal y como veremos a continuación- a pesar de su rango *sub-legal*, irrespetando, por consiguiente, la reserva legal que imperaba en la materia.

Situación similar ocurría en España, país en el que, hasta 1994, el sector eléctrico estaba regulado por normas sub-legales que imponían limitaciones al ejercicio de la libertad económica. La doctrina no dudó en denunciar que el rango formal de esas normas era insuficiente para afectar el ejercicio de tal libertad. Para MUÑOZ MACHADO, tales normas “... carecen de rango suficiente que, de acuerdo con la teoría más aceptada hasta ahora, sería necesario para imponer las limitaciones que establecen en la libre planificación y gestión de las empresas afectadas...”<sup>13</sup>.

A idéntica conclusión debemos llegar desde el análisis del Decreto 1.558, el cual, al imponer cargas y limitaciones al ejercicio de la libertad económica, resultaba –para nosotros- abiertamente inconstitucional.

### *c. Intensa intervención de los Poderes Públicos*

Hemos dicho que el Decreto 1.558, pese a su rango sub-legal, imponía limitaciones al ejercicio de la libertad económica en el sector eléctrico. Limitaciones que, acotamos, eran consecuencia directa de la intensa intervención de los Poderes Públicos en ese sector. Así, podemos identificar limitaciones referidas al *acceso al mercado* y al *desarrollo de las actividades económicas* en el sector, ámbitos propios de actuación de la libertad económica<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> *Servicio Público y Mercado. El Sistema eléctrico*, Tomo IV, Civitas, Madrid, 1998, páginas 49-50. En idéntico sentido, véase a PASTOR RDRUEJO, LUIS, *Principios de la Ley de ordenación del sistema eléctrico nacional*, UNESA, 1995, página 11.

<sup>14</sup> Partimos de la clasificación que se ha efectuado en torno al *contenido de la libertad económica*, sostenida en Venezuela por DE LEÓN, IGNACIO, en “Análisis positivo del sistema constitucional económico venezolano”, en *SUMMA, Libro Homenaje a la Procuraduría General de la República*, Caracas, 1998, páginas 322 y siguientes. Este autor parte de la posición que, en España, ha defendido ROJO, ANGEL, “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución Española”, en *Revista de Derecho Mercantil números 169-170*, Madrid, 1983, páginas 325-341. Esta posición, a su vez, deriva de la tesis mantenida por la doctrina alemana, especialmente por OSSENBUHL, FRITZ “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, en *Revista Española de Derecho Constitucional número 32*, Madrid, 1991, páginas 9 y siguientes. Además de la doctrina antes citada, véase también el estudio de GASPARIÑO ORTIZ.

El *acceso al mercado*, como derecho inherente a la libertad económica, presupone que cualquier sujeto puede *dedicarse a la actividad económica de su preferencia*, entrando como *oferente* en el mercado de que se trate, o también como *demandante*, siempre y cuando la compra de bienes o la contratación de servicios se realice a los fines de explotar determinada actividad económica. Específicamente, este derecho alude a la posibilidad de todos los ciudadanos de explotar, comercialmente, cualquier actividad comprendida dentro del sector eléctrico. Mas no es, aclaramos, un derecho absoluto: éste puede ser limitado —a través de las llamadas *barreras legales*— siempre que se respete la garantía constitucional de la libertad económica, esto es, la reserva legal y siempre que se respete el *contenido esencial* de ese derecho.

El Decreto 1.558 desconocía ese principio, desde que, y a pesar de su rango infra legal, imponía severas barreras legales para el ingreso al mercado eléctrico. Así, y en lo que respecta a la *generación eléctrica*, el referido Decreto disponía, en su artículo 26, que tal actividad estaba *abierta a la libre competencia*; pero sin embargo el Decreto *establecía una barrera a la entrada a ese mercado*, desde que para generar electricidad era necesaria la previa obtención de una *concesión* o una *licencia*. Sin embargo, el tratamiento que debe efectuarse a una y otra barrera parte de supuestos completamente distintos.

En efecto, la exigencia de una *concesión* se refería únicamente a los supuestos de generación hidroeléctrica, esto es, aquella producida a través del aprovechamiento de las aguas. En ese supuesto, la exigencia de la concesión no deviene del ejercicio de la actividad de generación eléctrica, sino del *aprovechamiento de un recurso de la dominialidad pública*, a saber, el agua. Se trataba, entonces, de una concesión para el uso y aprovechamiento de bienes del dominio público<sup>15</sup>.

---

*Principios constitucionales de la Libertad de Empresa. Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, el cual constituye uno de los estudios más profusos y elaborados que se han efectuado en la materia.

<sup>15</sup> Cfr.: ORTIZ-ALVAREZ, LUIS, y FISCHBACH, NOEMI, "Régimen jurídico del sector eléctrico en Venezuela", ob. cit, páginas 108-109. Nos referimos al *dominio público fluvial*, consagrado en el artículo 539 del Código Civil. Como expresa el Maestro ELOY LARES MARTÍNEZ, en Venezuela *todos los ríos, sin excepción, son bienes del dominio público (Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, página 690). El régimen jurídico de ese bien del dominio público y de las concesiones para su uso y aprovechamiento, está contenido básicamente en la Ley Forestal de Suelos y Aguas.

Asunto del todo distinto es la barrera que existía para la explotación de la actividad de generación a través de otras fuentes (i.e.: la termoeléctrica). Según el Decreto 1.558, se exigía la obtención de una *licencia previa* (artículo 28), que no es otra cosa que una *autorización administrativa*, instrumento típico de intervención del Estado en el orden económico<sup>16</sup>. La autorización –como había ya aclarado la doctrina germana, especialmente en la obra de OTTO MAYER– supone una *previa barrera* que *impide* el ejercicio de la actividad de que se trate: de allí que la Administración despliega sus potestades de control sobre la concreta actividad, para verificar que ésta se adecue a la ordenación dictada sobre la materia. Cumplido ese supuesto, la Administración económica otorga la autorización, *levantando con ello* la previa barrera que se había impuesto para la entrada en el mercado. Es por ello que sin tal autorización, le está vedado a los particulares entrar al mercado de que se trate.

La exigencia del artículo 28 comentado se traduce entonces en la barrera que impide el acceso a los particulares al mercado de generación eléctrica. Barrera que es, ciertamente, justificada, pero que fue establecida en una norma infra legal y, por tanto, de rango insuficiente para afectar la libertad económica en el mercado de la electricidad.

Aspecto mucho más grave revestía la *barrera* impuesta por el Decreto 1.558 a las actividades de transmisión y distribución, respecto a las cuales se exigía previa *concesión*. La imprecisión terminológica empleada en el Decreto no podría ser mayor: la concesión, según enseña GARRIDO FALLA, solo es procedente respecto aquellas actividades que han sido reservadas al Estado<sup>17</sup>. Y es por ello, precisamente, que la concesión se caracteriza por su *carácter traslativo*: mediante la concesión –

<sup>16</sup> En general, la técnica autorizatoria es el instrumento por medio del cual la Administración –en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ– valora una *actividad privada* a la luz del interés público que la norma aplicable en cada caso pretende tutelar. La intervención de la Administración “... por vía de consentimiento del ejercicio de la actividad se configura siempre como requisito necesario de dicho ejercicio, que, de otro modo, o bien no podría desplegarse válidamente, o bien se vería privado de efectos jurídicos...” (*Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, 1995, páginas 135).

En el campo del Derecho económico, la autorización, como decíamos, se manifiesta como el instrumento típico de intervención de la Administración económica. Según señala SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER “... la fórmula más habitual para llevar a cabo la ordenación del derecho de libertad económica es, sin duda alguna, la autorización...” (*Derecho administrativo económico*, Tomo I, ob. cit., página 193).

<sup>17</sup> *Tratado de Derecho Administrativo II*, Tecnos, Madrid, 1992, página 345.

como en Venezuela ha expuesto BADELL MADRID- la Administración pública *traslada* al concesionario el derecho sobre el cual versa el objeto de la concesión<sup>18</sup>.

Sin embargo, las actividades de transmisión y distribución no se encontraban reservadas al Estado, no sólo por que esa reserva no estaba prevista en el Decreto 1.558, sino además, desde que esa reserva sólo podía acordarse mediante Ley formal<sup>19</sup>. Es por ello que esa *concesión* era, en realidad, una *autorización administrativa*: la transmisión y distribución eléctrica eran actividades *privadas*, para cuyo ejercicio existía una barrera, cual es la necesidad de obtener, previamente, la denominada "concesión".

Pero además el mencionado Decreto imponía restricciones al desarrollo de las actividades eléctricas. En lo que atañe a las *tarifas*, y al margen de las disposiciones especiales sobre la materia<sup>20</sup>, existía un intenso control por parte del Estado a través del denominado *Sistema Unificado de Explotación y Remuneración de Generación y Transmisión*, consagrado en el artículo 57 del Decreto<sup>21</sup>. Este sistema *centralizado y unificado* —que como veremos, subsiste aún en la LSE— se extendía también a la estructura del Mercado Mayorista Eléctrico, el cual debía desarrollarse según la normativa sub-legal que dictase la Administración (artículo 50 del Decreto). La base de ese sistema centralizado y unificado partía de lo dispuesto en el artículo 55 del Decreto: la totalidad de las capacidades de generación acreditadas *debían ponerse a disposición del Centro Nacional de Despacho de Cargas*.

Este sistema *centralizado y unificado* ha sido empleado comúnmente en la ordenación del sector eléctrico en Derecho Comparado. Así ocurrió en España, con la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN), contenida en la Ley 40/1994, de 30 de diciembre. A

<sup>18</sup> Cfr.: "El régimen jurídico de las Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales", en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, FUNEDA, Caracas, 1996, página 398.

<sup>19</sup> Tal y como se desprende de la interpretación concordada de los artículos 97 y 98 de la Constitución de 1961, vigente cuando fue dictado el Decreto 1.558.

<sup>20</sup> El suministro eléctrico ha sido calificado como un bien de primera necesidad, lo que habilita a la Administración para el control de los precios del sector eléctrico, según lo previsto en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (cfr.: ORTIZ-ALVAREZ, LUIS, y FISCHBACH, NOEMI, "Régimen jurídico del Sector Eléctrico en Venezuela", *ob. cit.*, páginas 114-117).

través de la denominada “integración económica de la energía” se facultó a la Administración para proceder a la *liquidación de la energía*, determinando, en atención al valor integrado de dicha energía y el de las actividades que tienen como finalidad la puesta a disposición para su uso, el “importe correspondiente a cada sujeto del sistema integrado, el concreto destinatario del pago y la forma en que éste deberá realizarse” (artículo 11.3). El efecto práctico de ello es que la *adquisición* de la energía producida, a los fines de su posterior distribución a los usuarios finales, *quedaba en manos de la Administración económica*, cercenándose así, aún más, la libertad económica. Por tanto, y partiendo siempre de la integración y unificación de las actividades del sector eléctrico, *toda* la explotación del Sistema Eléctrico Nacional, abarcando la producción, transporte y *también* la comercialización al por mayor, estaba sujeta a la ordenación que al efecto dispusiera la Administración económica<sup>22</sup>.

El sistema adaptado en el Decreto 1.558 es cuestionable por muy diversas razones. Conviene destacar en este punto que el denominado Mercado Mayorista, y las operaciones económicas efectuadas a través del Sistema Unificado de Explotación y Remuneración de Generación y Transmisión, eran ante todo *actividades económicas privadas, desarrolladas en ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica*. Por tanto, insistimos, las limitaciones contenidas en el Decreto 1.558 solamente podían establecerse mediante actos con rango y fuerza de Ley, mas no a través de una disposición infra legal. Dejando a salvo ese re-

<sup>21</sup> Según el artículo 33 del Decreto, la planificación, “la supervisión y el control de operación conjunta de los recursos de generación y transmisión del Sistema Interconectado Nacional, serán realizados de forma autónoma y *unificada* por el Centro Nacional de Despacho de Cargas, de manera de garantizar el mínimo costo global de producción y transporte de la energía eléctrica y contribuir a la obtención de un suministro de electricidad de la mejor calidad, de acuerdo con los lineamientos de política energética nacional”. A este Centro le correspondía, entre otras atribuciones, llevar a cabo el despacho económico de cargas del Sistema Interconectado Nacional y operar el Mercado Mayorista Eléctrico (artículo 35). A través del mencionado artículo 57, se centralizó todo lo relativo a la generación y transmisión, correspondiendo al Centro Nacional de Despacho de Cargas “determinar el precio horario de generación, en función de los costos de producción en tiempo real y los asociados a la capacidad acreditada, en condiciones de eficiencia, de acuerdo con el despacho económico realizado por el Centro...”.

<sup>22</sup> El término Administración económica, conforme el artículo 11.3 de la LOSEN, comprendía a la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y a la sociedad pública gestora de la explotación unificada. La consecuencia de este sistema, según destaca CRUZ FERRER, es que se “... priva a las empresas de la energía que han producido y, en consecuencia, les impide cualquier posibilidad de comercializarla mediante su libre contratación con distribuidores o grandes consumidores...” (*La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, ob. cit., página 317).

quisito formal, la regulación contenida en el Decreto 1.558 era también cuestionable por afectar el contenido esencial del derecho a la libertad económica, más allá de los límites que la Constitución de 1961 establecía<sup>23</sup>.

El mencionado Decreto se caracterizaba así por la intervención intensa de los Poderes Públicos en el sector eléctrico, con la consecuente limitación del ejercicio de la libertad económica. Limitación y ordenación del ejercicio de actividades económicas privadas a través de una normativa sub-legal; desconocimiento, en definitiva, de la reserva legal que disponía la Constitución de 1961 sobre las cargas y limitaciones a la iniciativa económica privada.

*d. La interacción entre las distintas personas político-territoriales que intervienen en la ordenación del sector eléctrico*

La forma federal adoptada por el Estado venezolano, y que suponía la actuación de tres niveles político-territoriales, tenía también importantes consecuencias jurídicas en el sector eléctrico. Según el artículo 30 de la Constitución de 1961, la competencia municipal se extendía, en general, a todos los asuntos anejos a los *intereses peculiares del Municipio y a las materias propias de la vida local*. Sobre la base de esa norma, la Ley Orgánica de Régimen Municipal (en lo adelante LORM) dictada en 1978, estableció como competencia municipal todo lo relativo a la distribución y venta de electricidad, competencia reconocida bajo la legislación vigente<sup>24</sup>. Dicha competencia, en un todo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 de la Constitución de 1961, debía reducirse estrictamente a la ordenación y control de las actividades de distribución y comercialización en tanto éstas son *materias propias de la vida local*. El resto de la ordenación sobre el sector –al exceder el ámbito local– era competencia exclusiva del Poder Nacional, de conformidad con lo que disponía el ordinal 25 del artículo 136 de la Constitución de 1961<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Sobre esta idea volveremos más adelante, al analizar la regulación de la LSE sobre el mercado eléctrico.

<sup>24</sup> Cfr.: ordinal 2 del artículo 36 de la Ley vigente, publicada en la Gaceta Oficial número 4.109 extraordinario de 15 de junio de 1989.

<sup>25</sup> En este mismo sentido, vid. el estudio de la LSE publicado en la página web [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com). Véanse igualmente la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, de 25 de septiembre de 1990 y los comentarios que al respecto realizan ORTÍZ-ALVAREZ, LUIS, y FISCHBACH, NOEMÍ, "Régimen Jurídico del Sector Eléctrico en Venezuela", ob. cit., páginas 89-90.

De esa manera, el *alumbrado público y domiciliario* es un servicio mínimo que deberá garantizar el Municipio en toda localidad con población superior a los mil (1.000) habitantes (literal a del artículo 38 de la LORM). En general, la distribución y comercialización son considerados por la LORM *servicios públicos municipales*. Ello, en la práctica, ha implicado que los particulares sólo pueden intervenir en esas dos actividades previo el otorgamiento de una *concesión*<sup>26</sup>.

Extraña, sin embargo, que esa concesión sea exigida para explotar determinadas actividades eléctricas a pesar de que la LORM no establece expresamente la *reserva municipal* sobre éstas. Y ese es un aspecto que siempre debe quedar claro: la reserva, al igual que todas las técnicas de intervención del Estado en la economía, debe ser siempre expresa. Sin embargo, la LORM, en olvido de los principios de claridad y certidumbre jurídica que debe informar la labor legislativa, establece como requisito para explotar las actividades de distribución y comercialización la *concesión administrativa*, dando con ello a entender que, implícitamente, tales actividades se encuentran reservadas al Estado. Consecuencia, en todo caso, de una teoría que ha prevalecido en Venezuela y a la que luego aludiremos: la sola declaratoria de una actividad como servicio público apareja su *reserva* al Estado. Ese régimen previsto en la LORM ha sufrido importantes modificaciones con la entrada en vigencia de la LSE, tal y como luego veremos.

## B. Causas de la crisis de la regulación tradicional

El modelo tradicional de regulación del Estado sobre el sector eléctrico entró en crisis por diversas razones, a saber, *por la necesidad de revisar el intervencionismo excesivo e ineficiente del Estado; por la necesidad de fomentar la seguridad jurídica en el sector; por la crisis material del Estado social* y, finalmente, *por la necesidad de fomentar la iniciativa privada y la libre competencia en el sector*. Todas esas razones aparecen magistralmente expuestas en la Exposición de Motivos de la LSE.

<sup>26</sup>

Según el ordinal 5º del artículo 41, la prestación de los servicios públicos municipales podrá ser hecha por *concesión otorgada en licitación pública*, cuyas características aparecen enumeradas en el artículo 42. Sobre el tema, vid. BADELL MADRID, RAFAEL, "Régimen de prestación de los servicios públicos locales", en *La Contratación Municipal*, P.H. Editores, Caracas, 1995, y ORTIZ-ALVAREZ, LUIS, y FISCHBACH, NOEMÍ, "Régimen Jurídico del Sector Eléctrico en Venezuela", ob. cit., página 92.

*a. Revisión del intervencionismo público sobre el sector eléctrico: la necesidad de liberalizar ese sector*

La regulación tradicional del sector eléctrico es una constante en el Derecho Comparado y de allí que sea también una constante la revisión de ese intervencionismo público, partiéndose para ello de una premisa general: el intervencionismo público exagerado constituye un obstáculo para el desarrollo económico, lo que justifica la revisión de esas técnicas de intervención a través de la *liberalización de la economía*.

Existe la necesidad, como se desprende del *Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997. El Estado en un mundo de transformación*, de incrementar la eficacia del Estado<sup>27</sup>. En Venezuela, el órgano de defensa de la competencia, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA) ha elaborado un informe intitulado *El crecimiento económico y la promoción de la competencia en el contexto de la actual coyuntura nacional* (1999) en el cual se concluye que *aquellos países que presentan instituciones más orientadas a garantizar la libertad económica son los que han logrado mayores niveles de crecimiento económico y reducción de la pobreza*<sup>28</sup>. Puede afirmarse entonces que la liberalización de la economía y la conformación de un Estado más eficaz, son elementos necesarios para un adecuado desarrollo económico.

27

Resume tal Informe el proceso que ha desembocado en la necesidad de replantear el rol del Estado: "... durante los cien últimos años, la presencia y la intervención del Estado han crecido enormemente, sobre todo en los países industriales. Antes de la segunda guerra mundial, la expansión se debió, entre otros factores, a la necesidad de superar los graves daños causados por la Gran Depresión en los sistemas económicos y sociales. La confianza en la intervención estatal durante el período de la posguerra llevó a que se exigiera su intensificación...". Tal incremento de la influencia estatal es "... lo que ha dado lugar a un cambio de orientación: lo que importa ante todo no es lo cuantitativo sino lo cualitativo, no la mera magnitud del Estado y el ámbito de sus intervenciones sino su eficacia para atender las necesidades de la población ..." (destacado nuestro). Se afirma así que "... el clamor en favor de una mayor eficacia de los poderes públicos ha alcanzado dimensiones críticas en muchos países en desarrollo en los que el Estado no proporciona ni siquiera bienes públicos fundamentales, como la protección de los derechos de propiedad, la red vial y servicios básicos de salud y educación. El resultado ha sido un círculo vicioso: ante el deterioro de los servicios públicos, los individuos y las empresas evaden el pago de impuestos, lo que a su vez agrava ese deterioro...". Cfr.: *Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997. El Estado en un mundo de transformación*, Washington, D.C., 1997, consultado en original.

28

Consultado en original.

Los beneficios de la liberalización —y de la competencia— en el desarrollo económico, han sido también analizados por el Tribunal de Defensa de la Competencia español, en el Informe intitulado *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*<sup>29</sup>. Según ese informe, *el gran beneficiario de la competencia es el consumidor*. La importancia para los consumidores de la introducción de la competencia —continúa el informe— “no es desdeñable”, pues “la liberalización supone mejorar el nivel y la calidad de vida de todos los españoles”. De la liberalización de los servicios “depende el tamaño y el nivel de competitividad de la industria española, ya que el usuario más importante de los servicios no es el consumidor final sino la industria y las empresas en general”. Además, la *industria* “se beneficiará de la liberalización de los servicios directamente —a través de la reducción de los precios de los servicios que son factores de producción— pero también, indirectamente, a través de la mejora de la renta real que conseguirán los consumidores”. Según tal informe —posición que compartimos— la introducción de competencia tiene efectos sobre *todos los ciudadanos*: dado que la “competencia permite mejorar la eficiencia en la asignación de los recursos del país, si ahora se liberalizan los servicios, la tasa de crecimiento a largo plazo de la economía española aumentará y en consecuencia, se producirá un aumento de la renta per cápita y del nivel de vida de todos los ciudadanos”.

En el servicio eléctrico, ello se manifiesta mediante la *liberalización del sector eléctrico*, término que puede ser definido como el proceso a través del cual *racionaliza la intervención pública en el sector y se amplía el ámbito de actuación de la iniciativa económica privada*, la cual, en ejercicio del derecho a la libertad económica, podrá explotar actividades eléctricas —en las fases de generación, transmisión, distribución y comercialización— en régimen de libre competencia, salvo excepciones *expresamente reguladas*. De esta definición que hemos dado surgen una serie de consecuencias y modulaciones que conviene tener en cuenta:

.- En primer lugar, el sector privado explota la actividad en ejercicio de la libertad económica, esto es, en ejercicio de un derecho preexistente y no en ejercicio del derecho otorgado por la Administración a través de la respectiva concesión.

<sup>29</sup> Madrid, 1993. Consultado en original.

- En *segundo lugar*, puede ocurrir sin embargo que determinadas actividades del sector eléctrico aún sean de titularidad pública: debe tratarse, en todo caso, de supuestos excepcionales, pues de lo contrario no se estaría liberalizando ese sector sino, cuando mucho, permitiendo la libre entrada de los particulares en algunos supuestos.

- En *tercer lugar* puede haber liberalización del sector eléctrico aún cuando éste, previamente, no se encontrara reservado al Estado. En este caso, la liberalización no se traduciría ya en la derogación de la reserva o *publicatio* sino en la racionalización de las técnicas de intervención de la Administración económica, y en la introducción, fomento y protección de la libre competencia.

- Finalmente, y en *cuarto lugar*, la liberalización no conduce a la desaparición de las técnicas de intervención de la Administración económica: antes por el contrario, la Administración debe seguir interviniendo para regular el sector, aunque con finalidades del todo distintas a la regulación económica tradicional. Se trata así de regular, por un lado, para proteger el correcto funcionamiento del sector eléctrico y por el otro, de regular para permitir la introducción real y efectiva de la libre competencia.

El alcance exacto de la liberalización operada en determinado sector económico puede cuantificarse mediante el *índice revelador de la liberalización*, para lo cual es necesario determinar *cuál es la extensión práctica o efectiva de la libertad económica*. De esa manera, caben distintas *grados de liberalización*, desde que el ámbito de la libertad económica puede ser mayor o menor: la liberalización, aclaramos desde ya, no supone la retirada total del Estado, ni la eliminación de todos los instrumentos de intervención administrativa; muy por el contrario, hay una permanencia e incluso, incremento de las funciones de control y limitación de la Administración económica. La interrelación entre esas *técnicas de limitación* y el *ámbito de la libertad económica y de la libre competencia*, nos permitirá determinar —en el caso de la LSE— cuál es el alcance de la liberalización que dicha ley persigue.

#### *b. Necesidad de fomentar la seguridad jurídica en el sector*

El *desarrollo de actividades comerciales e industriales en ejercicio de la libertad económica* supone la existencia de un régimen jurídico estable, claro, predecible y uniforme, a través del cual se limite el ámbito de actuación de la iniciativa privada y el ámbito de actuación de

la iniciativa pública. Como concluye JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, el mercado *necesita seguridad jurídica en sus agentes*<sup>30</sup>.

Este principio, a partir de la Constitución de 1999, tiene en Venezuela una sólida base jurídica. Nos referimos al artículo 299 de la Constitución, cuyo tenor es el que sigue:

“... El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, *garantizando la seguridad jurídica*, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta...” (destacado nuestro).

La seguridad jurídica se erige como principio constitucional que informa al régimen socioeconómico de Venezuela y que debe informar también, en consecuencia, al sector eléctrico. Concepto íntimamente relacionado con lo anterior es la *confianza legítima en la ordenación de la economía*. Es esencial a la idea del Estado de Derecho la existencia de cierta certidumbre jurídica, que en el campo del Derecho Administrativo implica el derecho de todo ciudadano a relacionarse con la Administración dentro de un marco jurídico estable, definible y claro, que le permita *anticipar, conocer o esperar*, con cierto grado de exactitud, el sentido y alcance de la actuación administrativa. La confianza legítima se manifiesta entonces como el derecho a la *certidumbre jurídica*<sup>31</sup>.

30 “Tres postulados para el nuevo servicio público”, en *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, página 133.

31 Cfr.: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, JOSÉ IGNACIO, “Actividad consultiva de la Administración y Responsabilidad Patrimonial”, en *Revista de Derecho Administrativo número 7*, Caracas, 1999, páginas 115-217. Igualmente, véase el completo y novedoso estudio de RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD, “El principio de Confianza Legítima en el Derecho Venezolano”, en *IV Jornadas Internacional de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*.

Como indicamos al comienzo del presente estudio, el régimen jurídico derivado del Decreto 1.558 no se caracterizaba por su seguridad jurídica. Planteamiento éste recogido en la Exposición de Motivos de la LSE de la siguiente manera:

“... (el sensible vacío legal) se expresa en la ausencia de un instrumento que sirva ya no sólo para regular las distintas relaciones jurídicas que emergen de esta actividad, sino también como instrumento de política económica y social en mandos del Estado. De manera que ni éste, ni los inversionistas, ni los usuarios, tienen claramente definidos sus derechos y obligaciones, ni mucho menos la dirección hacia la cual se orientan las actividades eléctricas del país...”.

La nueva Ley afianza, a no dudarlo, la seguridad jurídica en el sector. Dejando a salvo las críticas que puedan realizarse a ésta –y a las que nos referiremos luego– lo cierto es que la LSE definió el papel del Estado en el sector eléctrico, delineando el ámbito de actuación de la iniciativa privada, la cual cuenta, ahora, con un *sólido* instrumento legal.

Es paradigmático, en este sentido, el artículo 1 de la *Ley de Promoción y Protección de Inversiones*<sup>32</sup>, que al enumerar sus objetivos hace mención a la necesidad de proveer a las inversiones *un marco jurídico estable y previsible*, en el cual las inversiones *puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad*. Tal Ley –aplicable también a las inversiones, extranjeras y nacionales, que se realicen en el sector eléctrico– alude, por un lado, al marco jurídico *estable*, lo que se relaciona con la seguridad jurídica, y al marco jurídico *previsible*, que se refiere a la confianza legítima. Seguridad jurídica y confianza legítima, como principios rectores de la ordenación pública del sector eléctrico.

### *c. Crisis material del Estado social*

El Estado social, al que se refiere el artículo 2 de la Constitución, se encuentra en crisis. Mas no se trata de una crisis producto de los co-

---

FUNEDA, Caracas, 1998. La bibliografía extranjera sobre el tema es abundante. Entre otros, vid. CASTILLO BLANCO, FEDERICO *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998 y GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1999.

<sup>32</sup> Contenido en el Decreto-Ley número 356, publicado en la Gaceta Oficial número 5.390 extraordinario de 22 de octubre de 1999.

*metidos o fines* de ese Estado, sino de la crisis proveniente del *desbordamiento de la actuación de los Poderes Públicos en ejecución de la cláusula del Estado social*. Al amparo del Estado social, el Estado y especialmente la Administración pública, adquirieron cada vez mayor protagonismo en la economía. Su presencia fue una constante y el papel secundario de la iniciativa privada la consecuencia de ese *desbordamiento*<sup>33</sup>.

De esa crisis surge la necesidad de revisar la actuación pública en la economía, revisión que, como antes señalamos, se efectúa también en el sector eléctrico. En ese sector, el Estado venezolano ha sido el principal empresario y también el principal inversor, lo que se ha traducido en un incremento del gasto público insostenible en la actualidad. El protagonismo del Estado como empresario e inversor en el sector eléctrico debe dar paso a la preponderancia de la iniciativa privada económica. La reducción de ese gasto público se erige entonces como uno de los objetivos de la liberalización de la electricidad, lo cual supone —además de las necesarias y eventuales privatizaciones— el estímulo del sector privado como principal *agente económico*.

Todos estos planteamientos, de nuevo, fueron recogidos en la Exposición de Motivos de la Ley:

“... Hasta el presente, la posibilidad de crecimiento y expansión del sector se apoyaron fundamentalmente en las fuentes inversiones públicas (...) El Estado, al disponer de cuantiosos recursos, pudo emprender la explotación del gigantesco potencial hidroeléctrico del río Caroní, así como también de otros potenciales menores (...)

Sin embargo, hoy confronta el país un (...) problema: la caída de la inversión pública que arrastra un proceso de deterioro en todo el sector (...) A partir de la década de los 90 la ya señalada caída de inversión, ha ido colocando al país frente a una verdadera emergencia energética...”.

De allí que uno de los principales objetivos de la LSE es el estímulo de la inversión privada en el sector eléctrico. Ello supone, por un

33

Sobre la crisis del Estado social, por todos, vid. Vid. PAREJO ALFONZO, LUCIANO, JIMÉNEZ-BLANCO, ANTONIO, y ORTEGA ALVAREZ, LUIS, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ariel Derecho, Barcelona, 1996, páginas 78-82, y BREWER-CARÍAS, ALLAN, “Reflexiones sobre el futuro del Estado Democrático y Social de Derecho en América Latina”, en *Revista de Derecho Administrativo número 1*, Editorial Sherwood, Caracas, 1997, páginas 31-46.

lado, *racionalizar las técnicas de intervención del Estado*, ampliando consecuentemente el ámbito de la iniciativa privada, y por el otro, afianzar la seguridad jurídica indispensable para el adecuado estímulo del sector privado.

*d. La necesidad de fomentar la iniciativa privada y la libre competencia en el sector*

Por último, otro de los factores que motivaron la crisis del sistema tradicional de regulación sobre el sector eléctrico, es la necesidad –ya comentada– de estimular la iniciativa privada y la libre competencia. Así, no se trata sólo de permitir que el sector privado intervenga en el servicio eléctrico, sino además de *garantizar* que esa intervención se realice en *libre competencia*. Como señala la Exposición de Motivos de la LSE, la regulación por ella implementada:

“... introduce formas novedosas para garantizar una verdadera y real competencia, particularmente en las actividades de generación y comercialización especializada. La actual estructura integrada que presentan todas las actividades, se orientan hacia el monopolio y las condiciones de acceso a ellas no se encuentran realmente tuteladas por el Poder Público. Tal realidad reclama una regulación más intensa que venga a ordenar, permitir y crear las condiciones para el desarrollo del mercado y de la sana competencia...”.

La necesidad de introducir la libre competencia en el sector, como veremos, se traduce en la denominada *neo-regulación*, esto es, la regulación económica cuyo fin último es el incentivo de la *libre competencia*, sin menoscabo de la protección y garantía del suministro eléctrico.

Esta circunstancia fue objeto de un profundo estudio de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia intitulado *Formulación de políticas públicas de eficiencia y equidad en el sector eléctrico* (1995)<sup>34</sup>. Se señala en ese Informe que “... en términos generales, el esquema regulatorio venezolano responde a la concepción de un Estado rentista, en el cual, se erige simultáneamente en productor y distribuidor de bienes y servicios que fácilmente pudieran ser

<sup>34</sup>

Consultado en original.

ofrecidos por el sector privado. Es claro que esta visión del Estado, está actualmente en crisis en vista del deterioro creciente de la renta pública lo que ha causado inevitablemente el abandono o cuando menos reconsideración de cometidos antes atribuidos al Estado, ahora cada vez más sujeto a la dinámica de los mercados. A esto se ha llamado la «transición» del *Estado productor* hacia el *Estado regulador...*”. Al recomendar la modificación del régimen jurídico existente en ese entonces, señaló que “... entre los aspectos más importantes a ser considerados por el Estado al diseñar una regulación optima que promueva la participación privada está la de remover los obstáculos al comercio. *La intervención del Estado debe estar orientada a disminuir los impedimentos para la libre celebración de contratos o soluciones consensuadas...*” (destacado nuestro).

## II. PRINCIPIOS DE LA NUEVA ORDENACIÓN

### A. Postulados generales: el nuevo rol del Estado en el sector eléctrico

En el programa económico del Gobierno iniciado en Venezuela en 1999 se hizo énfasis en la necesidad de reordenar el sector eléctrico. Se precisó así, en tal Programa, que “... la situación actual del sector eléctrico, especialmente en las áreas de transmisión y distribución, es de franco deterioro y podría convertirse en un obstáculo de difícil superación para las posibilidades reales de crecimiento productivo del país en el mediano plazo, si no se acomete a la brevedad un ambicioso programa de inversiones y un plan de reformas estructurales...”. Además, como fundamento de la necesidad de acudir a esa reordenación, se resaltó el *quietudine fiscal* de las empresas públicas que actuaban en ese sector<sup>35</sup>.

En definitiva –y según ese Programa- era “... indispensable establecer un nuevo marco regulatorio expresado en la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico Nacional, que refuerce las labores reguladora y fiscalizadora del Estado, cree un organismo coordinador de la operación centralizada de la generación y la transmisión, defina clara-

35

Según el Programa “... las pérdidas acumuladas de algunas empresas eléctricas públicas no han permitido mantener un ritmo de inversiones capaz de soportar el crecimiento de la demanda y sostener la calidad de los servicios. Mas de una década de diferimiento de inversiones en las áreas de transmisión, distribución, comercialización y mantenimiento de la generación térmica hace inaplazable la búsqueda de recursos para recuperar la confiabilidad de la red y soportar el crecimiento de la demanda...” (consultado en original).

mente las actividades, abra el sector a la competencia en las áreas en las cuales sea técnicamente factible, tal como la generación y la comercialización, defina regulaciones eficientes en las áreas que se consideren monopolios naturales, establezca condiciones de calidad de servicio, infracciones y sanciones...”<sup>36</sup>.

Fue así como el nuevo Gobierno aprobó –a través de Decreto-Ley- la LSE, la cual es, en Venezuela, el primer supuesto de liberalización de un sector estratégico económico, como es el sector eléctrico. En dicha Ley encontramos *nuevos* principios que informan las distintas técnicas de intervención del Estado en la economía, que pivotan sobre dos ideas centrales: el afianzamiento de la libre competencia y el mantenimiento de las facultades de control e inspección de la Administración económica.

#### *a. La introducción de la libre competencia*

Hemos ya señalado que en el régimen derogado regía la libertad económica, aunque en un ámbito bastante reducido. Además, tenía vigencia también, en ese sector, la libre competencia. Por tanto, el objeto de la LSE no es tanto la *introducción de la libre competencia*, sino el *afianzamiento* de ese principio. Ello nos obliga a efectuar algunas consideraciones en torno al concepto de *libre competencia*.

La libre competencia es atributo inherente a la libertad económica, y rige, especialmente, en el *desarrollo de actividades comerciales e industriales*<sup>37</sup>. Según el artículo 3 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia<sup>38</sup>, hay libre competencia en actividades económicas cuando existen las condiciones necesarias para que cual-

<sup>36</sup> Dada esa situación preocupante del sector –continúa el Programa- se plantea “... la estrategia de recuperar y modernizar el sector eléctrico nacional, para garantizar un sector autosustentable y eficiente. También se tendrá como objetivo aprobar el marco legal para el sector a fin de contar con reglas claras de juego que favorezcan la inversión privada ...”.

<sup>37</sup> La libre competencia como principio inherente a la libertad económica, es la tesis sostenida por ENTRENA CUESTA, RAMÓN, “El principio de la libertad de empresa”, en *El modelo económico en la Constitución española, Volumen I*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, página 160 y FONT GALÁN, JUAN IGNACIO, *Constitución económica y Derecho a la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, páginas 166-174.

<sup>38</sup> Publicada en la GO número 34.880 de 13 de enero de 1992.

quier sujeto económico, sea oferente o demandante, tenga “completa libertad” de entrar o salir del mercado, y quienes están dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio.

No obstante, creemos que el concepto dado por la Ley no es del todo exacto. En efecto, son pocas las actividades en las cuales los sujetos tienen *completa libertad* de entrada o salida en mercados económicos: el intervencionismo público desarrollado por el Estado venezolano hace que prácticamente *todas* las actividades económicas estén sometidas en mayor o menor medida a controles que restringen –y a veces eliminan– esa libertad de entrada y salida. Es por ello que, para nosotros, el concepto de libre competencia no depende de la *completa libertad* de entrada y salida del mercado, sino de la aptitud de los agentes económicos que actúan en el mercado (como oferentes o demandantes) de fijar libremente las condiciones de los intercambios comerciales que se realicen. No se trata de un concepto *absoluto* –tal y como sostiene el artículo 3 antes comentado– sino *relativo*; se admite, por tanto, condicionamientos a esa libertad. De allí que para nosotros, el concepto que debe mantenerse es el de competencia efectiva o *plausible*<sup>39</sup>.

Partiendo de este concepto, es innegable que bajo la regulación del Decreto 1.558, regía en el sector eléctrico la libre competencia. No había, ciertamente, una *completa libertad de entrada* al mercado, pero los agentes económicos tenían la posibilidad de desarrollar las distintas actividades del servicio eléctrico con un margen relativo de libertad, en ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica.

Ello fue expresamente aceptado por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, en la resolución SPPLC/034-99 de 29 de junio de 1999 (caso *empresas de televisión por cable*). En esa oportunidad se sostuvo –respecto al sector eléctrico– lo siguiente:

<sup>39</sup>

Como reconoce JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN, no hay un objeto teórico del Derecho a la competencia, existiendo cuando menos tres posiciones: la competencia como libertad de oferta y demanda; la *competencia efectiva* y la competencia como proceso de descubrimiento. Para el autor, el objeto del Derecho a la Competencia es la protección de la competencia eficaz o factible (cfr.: *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho Español de la Competencia*, McGraw Hill, Madrid, 1996, páginas 20 y 57-58). Como veremos, la Constitución de 1999 parece inclinarse por la teoría de la *competencia efectiva*.

“... Las normas que aseguran y protegen la libre competencia están dirigidas a fortalecer el ejercicio del derecho individual a la libertad económica conforme a lo previsto en el primer aparte del artículo 96 de la Constitución de la República. El derecho a la libertad económica no se encuentra destruido ni disminuido cuando una empresa realiza una actividad de servicio público. Si bien se afecta un elemento propio de ese derecho, como es la libre concurrencia de acceder a la actividad; una vez que se levantan esas barreras legales y se permite el acceso a varias empresas para que realicen el servicio público, a través de una concesión o autorización, se está colocando a esas empresas en condición de competir.

Por otro lado, cuando el Estado ha otorgado a una sola empresa la concesión o autorización para prestar el servicio público, confiriendo de esta manera a la empresa una clara posición de dominio en la prestación del servicio público, las normas de libre competencia son aplicables en cuanto al abuso que en su posición de dominio pueda realizar la empresa concesionaria o autorizada, salvo que la Ley que regule el servicio público haya expresamente exceptuado la aplicación de normas de libre competencia ...”<sup>40</sup>.

Luego nos referiremos a la libre competencia en actividades catalogadas como *servicio público*. Lo que nos interesa destacar de esa resolución es, en *primer lugar*, que el concepto de libre competencia manejado en la resolución es *relativo*, que no absoluto<sup>41</sup>; en *segundo lugar*, que la Superintendencia reconoció la vigencia de ese principio en el sector eléctrico.

Pero incluso, el propio Decreto 1.558 no sólo aceptaba la vigencia de la libre competencia en el sector eléctrico, sino que además, esta-

40

Continúa la resolución afirmando que “... En este sentido el artículo 16 en su Parágrafo Único establece que «cuando la posición de dominio se derive de la ley, las personas que se encuentren en esa situación, se ajustarán a las disposiciones de esta Ley, en cuanto no se haya estipulado condiciones distintas en los cuerpos normativos que la regulen, conforme a lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución». En consecuencia, le es aplicable la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia a aquellas empresas que gozan de una posición de dominio permitida por el Estado en ejecución de la Ley...”. Olvidó la Superintendencia, sin embargo, que la eventual posición de dominio de las empresas eléctricas –por la tenencia de las líneas de transmisión– no derivaba exactamente de una “Ley”, sino de normas infralegales.

blecía mecanismos cuya finalidad última es proteger la vigencia de la libre competencia en el mercado eléctrico. Ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 5 del mencionado Decreto, según el cual las redes de transmisión se regían por el principio de *libre acceso por terceras personas*. Tal principio, como luego veremos, es uno de los mecanismos a través de los cuales se introduce y afianza la libre competencia en el sector eléctrico, según la regulación acogida en la LSE<sup>42</sup>.

La LSE persigue, por tanto, afianzar y ampliar la libre competencia como principio rector del sector eléctrico. Sin embargo, es conveniente insistir en que no se trata de una competencia *absoluta*, sino de una *competencia relativa*; las características del sector eléctrico —que exigen la intervención de los Poderes Públicos— impiden la vigencia absoluta de la libre competencia. La liberalización de la electricidad no supone adoptar un modelo de competencia perfecta, sino más bien de *competencia regulada*: el sector eléctrico —apuntan ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO— siempre será un sector regulado; lo importante es, entonces, el cuestionamiento del alcance y sentido de la regulación, pues lo que se pretende con la liberalización es minimizar la regulación, partiendo de la premisa según la cual no todas las actividades que integran el sector eléctrico pueden prestarse en competencia<sup>43</sup>. JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene, igualmente, que la libre competencia tiene un carácter *meramente instrumental*. Las distintas actividades que integran el suministro eléctrico —escribe este autor— quedan sometidas a regímenes “claramente diferenciados, en los que se reservan cometidos muy diversos al principio de libre competencia y a la regulación o intervención pública y en los que estos elementos se integran y complementan bajo muy diversas combinaciones...”<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> En efecto, nótese que la resolución aceptó que no existía, en el sector eléctrico, la *completa libertad de entrada* al mercado.

<sup>42</sup> El Decreto 2.383 de 18 de junio de 1992, sobre *Normas para el Desarrollado del Servicio Eléctrico* (GO número 35.010 de 21 de julio de 1992), uno de los antecedentes más importantes del Decreto 1.558, establecía como uno de sus objetivos la *apertura progresiva del sector a la libre competencia*. En este sentido, véase a ORTIZ-ALVAREZ, LUIS y FISCHBACH, NOEMI, “Régimen jurídico del Sector Eléctrico en Venezuela”, ob. cit., páginas 128 y siguientes.

<sup>43</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAR, y LÓPEZ DE CASTRO, LUCIA, *El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia*, Montecorvo, Madrid, 1998, página 437.

<sup>44</sup> “La regulación del sector eléctrico: intervención normativa sobre el mercado y defensa de la competencia”, en *Regulación sectorial y competencia*, Civitas, Madrid, 1999, páginas 113-114. El autor sostiene, asimismo, que el concepto de libre competencia que debe imperar es la *competencia practicable o eficaz* (página 112).

El concepto de *competencia regulada* en el sector eléctrico es propio del Derecho Comunitario Europeo, debiendo resaltar la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre *Normas Comunes para el Mercado Interior de la Electricidad*. Su artículo 3 señala que los Estados miembros velarán por que las empresas de electricidad actúen en respeto del principio de *libre competencia*. Libre competencia que, como habíamos señalado, es *relativa*, pues la Directiva permite a los Estados miembros imponer *obligaciones de servicio público*<sup>45</sup>, en virtud de lo cual, y en atención a lo previsto en el artículo 90.2 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, determinadas normas de la Directiva sobre competencia podían no ser aplicadas a esas empresas, para evitar restricciones al cumplimiento de las obligaciones de servicio público asumidas<sup>46</sup>.

El carácter *relativo* de la libre competencia fue incorporado expresamente en la LSE, cuyo artículo 3 dispone que:

<sup>45</sup> En relación con esta Directiva y la vigencia relativa de la libre competencia, vid. ARIÑO ORTIZ, GASPAR, et al, *Principios de Derecho Público económico. Modelo de Estado. Gestión Pública. Regulación económica*, Comares Editorial, Madrid, 1999, páginas 613-617, CRUZ FERRER, JUAN DE LA, El mercado interior de la electricidad: perspectiva jurídica", en *Regulación sectorial y competencia*, ob. cit., especialmente página 30, y GIMENO PELIÚ, JOSÉ MARTA, *El servicio público eléctrico en el Mercado Interior Europeo*, Civitas, Madrid, 1994.

<sup>46</sup> La principal norma que ha condicionado la liberalización de la economía en Europa, a través de la racionalización de la intervención pública en el orden económico, ha sido el artículo 90 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, cuyo aparte uno dispone lo siguiente: "1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive". Las *empresas públicas* y la *actuación del Estado en el orden económico*, por tanto, deben sujetarse al principio de libre competencia. Empero, dicho principio no es absoluto sino relativo: determinadas actividades económicas anejas al interés general de la Comunidad, pueden exigir el atemperamiento de la libre competencia. Es esa la idea central contenida en el aparte dos del artículo 90, cuya letra es la que sigue: "Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiadas. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad".  
*Precisamente, una la de las actividades catalogadas como servicios económicos de interés general ha sido el suministro eléctrico y de allí que en éste la libre competencia ceda a favor de la misión de servicio público encomendada a las empresas eléctricas. Ello se ve reflejado en las denominadas obligaciones de servicio público contenidas también en la LSE.*

“... el Estado promoverá la competencia en aquellas actividades del servicio eléctrico dentro de las que sea pertinente, regulará aquellas situaciones de monopolio donde la libre competencia no garantice la prestación eficiente en términos económicos y fomentará la participación privada en el ejercicio de las actividades que constituyen el servicio eléctrico...”.

La libre competencia, en conclusión, no es extensible a todos los servicios eléctricos básicamente por dos razones: en *primer lugar*, desde que determinadas actividades restringen la concurrencia de operadores. Nos referimos a los supuestos de *monopolio natural* derivados de las redes de transmisión eléctrica. En *segundo lugar*, desde que el interés general que subyace tras el sector eléctrico –en lo que atañe al *suministro eléctrico*– impide que todas las actividades de esos sectores se “abandonen” a la libre competencia.

De allí que el primer postulado que informa el “nuevo” rol del Estado en el sector eléctrico, se caracteriza por el afianzamiento y protección de la libre competencia en el sector eléctrico, justificándose, sin embargo, la atenuación de ese principio en determinadas actividades eléctricas.

*b. Mantenimiento de las facultades de control e inspección de la Administración económica*

Hemos señalado ya que la liberalización del sector eléctrico parte del fomento e incentivo de la iniciativa privada, tal y como señala el artículo 3 de la LSE. Ello supone, además, la reducción del intervencionismo público en ese sector. Sin embargo, la actuación de la Administración económica, si bien se reduce, *no desaparece*: muy por el contrario, la liberalización del sector eléctrico se traduce en una mayor presencia e intervención de la Administración económica.

Un aspecto fundamental que debe tenerse en cuenta, es que la liberalización de sectores estratégicos –como el sector eléctrico– no supone el desconocimiento del interés general presente en éstos. Es por ello que la liberalización de la electricidad no elimina la especial condición del suministro eléctrico, llamado a satisfacer necesidades colectivas. Ese interés general presente en el sector eléctrico justifica la presencia de la

Administración económica y la existencia de técnicas de control, supervisión y limitación de la iniciativa privada. Precisamente, una de las finalidades de la LSE –según reconoce su Exposición de Motivos– es “asegurarle al país la prestación de un servicio eléctrico al menor costo posible y con la mayor calidad, que permita la óptima utilización de los recursos disponibles y que, al mismo tiempo, garantice continuidad, seguridad y eficiencia...”. La Administración económica debe intervenir, entonces, para garantizar el *suministro eléctrico*, consecuencia ello de las obligaciones positivas que dimanar de la cláusula del Estado social a que se refiere el artículo 2 de la Constitución. Sobre esta *presencia necesaria de la Administración* en el sector eléctrico, JOAQUÍN NEBRADA PÉREZ afirma lo siguiente:

“... Hay además, una intensa regulación, que afecta a determinadas actividades como son el transporte, la distribución y la operación técnica y económica del sistema. Esta intensa regulación se justifica por el servicio universal que dichas actividades tienen ...”<sup>47</sup>.

Pero además, la intervención de la Administración económica se justifica también por la necesidad de afianzar la libre competencia mediante la *regulación económica*. Esto constituye, a no dudarlo, una importante novedad en las técnicas de intervención de la Administración venezolana en la economía.

En efecto, tradicionalmente la actuación de la Administración se reconduce a la denominada *actividad de policía*, por medio de la cual ésta condiciona y disciplina el ejercicio de actividades económicas privadas, para proteger el interés general que, en este caso, subyace tras el suministro eléctrico. Igual técnica de *policía* es desplegada por la Administración para la defensa de la libre competencia<sup>48</sup>. Por otro lado, la

<sup>47</sup> *Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas*, Civitas, Madrid, 1999, páginas 111-112.

<sup>48</sup> En sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 29 de junio de 1995, caso *Premezclados Avila*, se sostuvo que la defensa de la competencia por parte de la Administración constituía una *actividad de policía económica*. La decisión puede ser consultada en GIRAUD TORRES, ARMANDO y CASTRO CORTIÑAS, IGNACIO, *Derecho Administrativo de la Competencia. Jurisprudencia y Legislación*, FUNEDA, Caracas, 1999, página 92. Vid. igualmente ORTIZ-ALVAREZ, LUIS y FISCHBACH, NOEMÍ, “Régimen jurídico del sector eléctrico en Venezuela”, ob. cit., página 129.

regulación económica desarrollada por la Administración se caracteriza por la ordenación y limitación del ejercicio de actividades económicas privadas.

No obstante, en el marco de la liberalización surge una “nueva” modalidad de actuación de la Administración que *integra* las técnicas antes mencionadas: la *regulación económica* dictada *para introducir, fomentar y afianzar la libre competencia*. No se trata ya de la actuación *de policía* para la protección de ese bien jurídico, ni de la *regulación económica tradicional*, sino de la intervención administrativa indirecta, por medio de la regulación, para fomentar la libre competencia. La Exposición de Motivos de la LSE sostiene así que dicha Ley incorpora “una *regulación más intensa*” que permite crear las condiciones de libre competencia en el mercado eléctrico. La nueva orientación de esa regulación queda reflejada igualmente en dicha Exposición:

“... la tradición en materia de regulación generalmente coloca el énfasis en el control del sistema y sus operadores. En Venezuela necesitamos modificar, ampliar y transformar el contenido de la regulación para promover la competencia allí donde ésta sea posible; al mismo tiempo, garantizar los intereses de los usuarios en cuanto a seguridad, calidad y precio del servicio, allí donde éste mantenga el carácter de un monopolio natural. Por tanto, la regulación está orientada a combinar los beneficios y estímulos característicos del mercado, abriendo cauces a la libertad empresarial, con la indispensable exigencia de calidad y seguridad en el servicio...”.

Finalmente, hay que acotar que esta “nueva” modalidad de intervención del Estado en la economía, para fomentar e introducir la libre competencia, tiene ahora un sólido basamento constitucional. En efecto, la Constitución de 1999, en su artículo 299, arriba transcrito, ha elevado a la libre competencia como uno de los *principios constitucionales que debe informar al régimen socioeconómico*. Por ello, toda la actuación del Estado en la economía, incluyendo su intervención en el sector eléctrico, debe respetar la libre competencia como principio constitucional jurídicamente vinculante. Pero además, el Estado tiene la obligación de *adoptar las medidas que fueren necesarias para asegurar las condiciones efectivas de competencia en la economía*, tal y como dispone el artículo

113 de la Constitución. Esto es, que el Estado –como había consagrado ya la LSE- tiene la obligación positiva de intervenir en la economía, incluso a través de la regulación, para garantizar la existencia de una competencia efectiva<sup>49</sup>.

*c. Conclusión: incentivo de la iniciativa privada y nuevo rol del Estado.*

La LSE persigue entonces el incentivo de la iniciativa privada, pues las inversiones necesarias para el desarrollo del sector eléctrico y la prestación de las distintas actividades, son responsabilidad, en la nueva Ley, del sector privado; la crisis material del Estado social –en lo que atañe al gasto público- justifica el papel protagónico de la iniciativa privada.

No obstante, el papel protagónico de la iniciativa privada no reduce la actuación que debe cumplir el Estado en el sector eléctrico. Hay, de esa manera, una presencia importante de la Administración económica cuya actuación se justifica por dos causas: la *garantía* del suministro eléctrico y la introducción y protección de la libre competencia. Como enseña SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO BAQUER “... la implantación misma del mercado hace que, en ocasiones, las intervenciones públicas aumenten y, en todo caso, sean más intensas y penetrantes ...”<sup>50</sup>. Intervención de la Administración económica en el sector eléctrico que se manifiesta, sin embargo, de manera del todo distinta a la regulación *tradicional*: ya no se trata de *sustituir el contenido privado de la libertad económica por la regulación pública*, sino de ordenar las distintas actividades del sector a través de una regulación *conforme al mercado*, que en virtud del principio de *menor intervención*, afecte a la libertad económica sólo en la medida de lo necesario, en sujeción al principio de *proporcionalidad*. Podríamos afirmar que estamos ante una intervención administrativa indirecta informada por el principio *pro libertatis*, esto es, a favor de la libertad económica.

Ello es consecuencia directa del respeto y sometimiento de los Poderes Públicos al derecho constitucional a la libertad económica, según deriva de los artículos 3 y 113 de la Constitución. Sujeción del Esta-

<sup>49</sup> El término empleado por la Constitución –condiciones efectivas de competencia- se refiere, para nosotros, a la *competencia efectiva*, concepto antes definido.

<sup>50</sup> “La Administración pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho”, en *Fragmentos de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, página 207.

do al derecho constitucional de la libertad económica. Esa sujeción es la que pasa a informar la ordenación pública del sector eléctrico y la que debe servir de orientación para la interpretación de la LSE.

## **B. El sector eléctrico como servicio público. La necesaria revisión de un concepto tradicional.**

Pese a postular como objetivo principal el fomento de la iniciativa económica privada y de la libre competencia, la LSE efectúa, en su artículo 4, una declaración cuya interpretación resulta imprescindible:

“... se declaran como servicio público las actividades que constituyen el servicio eléctrico...”.

La nueva Ley pretende armonizar conceptos que, en principio, son inconciliables: servicio público, libertad económica y libre competencia. La interpretación de esa *armonización* debe partir de los orígenes del artículo 4<sup>51</sup>.

La consideración del sector eléctrico como servicio público estaba contenida ya en el Decreto 1.558, cuyo artículo 1 se refería al *servicio público nacional de electricidad*. En el Proyecto de Ley Orgánica que Regula las actividades del Sector Eléctrico Nacional<sup>52</sup> también se hacía esa declaración. Según el artículo 2 de ese Proyecto “.. la generación, en todas sus modalidades, transmisión, transformación, distribución y suministro de la electricidad, están destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente. En consecuencia, se declaran como un *servicio público de carácter esencial*, obligatorio y solidario y de utilidad pública...”. Conviene aclarar que ese Proyecto no suponía la reserva al Estado de las actividades que conforman el sector eléctrico: muy por el contrario, el Proyecto partía del reconocimiento de *la libre iniciativa de las empresas para el ejercicio de actividades eléctricas*.

---

<sup>51</sup> Lo cual supone analizar tanto los antecedentes legislativos de la LSE, como la normativa anterior a esa Ley. En el estudio jurídico sobre la LSE publicado en la página web [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com) se realiza un análisis de los distintos antecedentes de la LSE. Asimismo, ORTIZ-ALVAREZ y FISCHBACH efectúan un estudio de los distintos anteproyectos del sector eléctrico en “Régimen jurídico del Sector Eléctrico en Venezuela”, ob. cit., páginas 139-150.

<sup>52</sup> Tal Proyecto fue presentado ante el Congreso de la República el 30 de octubre de 1996, por el partido político *Patria Para Todos*.

Posteriormente fue elaborado y presentado el Proyecto de *Ley Orgánica del Servicio Eléctrico*<sup>53</sup>, el cual no declaraba al sector eléctrico como servicio público. Sin desconocer la *presencia necesaria del Estado* en ese sector, el proyecto partía del afianzamiento de la libertad económica y de la libre competencia.

Estos dos Proyectos, si bien perseguían fines y objetivos similares, tenían sin embargo una orientación distinta: el Proyecto de *Ley Orgánica que Regula las actividades del Sector Eléctrico Nacional*, respetando la iniciativa privada, sometía al sector a un control intenso, sobre la base de una *regulación económica tradicional* y por tanto, con una filosofía muy distinta a la liberalización del sector. El Proyecto de *Ley Orgánica del Servicio Eléctrico*, por el contrario, se fundamentaba en la mayor preponderancia de la iniciativa económica privada y de la libre competencia: su efecto liberalizador, por tanto, era mucho mayor. Ahora bien, en 1998 estos dos Proyectos se refunden en uno solo, intitulado *Ley Orgánica del Servicio Eléctrico Nacional*<sup>54</sup>. No obstante, la conciliación de dos Proyectos con orientaciones distintas, resultó en un texto en el cual el papel del Estado y de la iniciativa privada en el sector eléctrico no se encontraba bien definido.

A ello responde, en nuestra opinión, algunas de las contradicciones presentes en la LSE. Y a ello responde también la declaratoria de servicio público que hace el artículo 4 de la Ley. Tal declaratoria proviene de un Proyecto cuya orientación era la intervención intensa del Estado. El fomento de la iniciativa privada y de la libre competencia, postulado en el artículo 3, proviene del Proyecto cuya filosofía era la liberalización del sector. Dos artículos —el 3 y el 4— *aparentemente* contradictorios. ¿Cuál es, entonces, el sentido o propósito del artículo 4?<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Presentado el 10 de abril de 1997 por el Ministerio de Energía y Minas.

<sup>54</sup> Presentado el 4 de marzo de 1998 por el Presidente de la Comisión Permanente de Energía y Minas del Senado. Según su Exposición de Motivos "la visión del presente proyecto de Ley es recoger lo mejor de ambos proyectos (esto es, de los dos Proyectos anteriores), en su perspectiva conceptual, para ofrecer una ley que responda fundamentalmente a la orientación del interés nacional".

<sup>55</sup> Un planteamiento similar se desarrolló en España. Desde el Decreto de 19 de abril de 1924 pesaba sobre el sector eléctrico en general, la declaratoria de servicio público, la cual, sin embargo, no aparejó la *publicatio* sobre todo el sector. En relación con este carácter de servicio público se planteó cierta controversia en la doctrina: por un lado, se señalaba que lo importante no era la declaratoria de servicio público, sino el régimen jurídico al cual la actividad se sometía (SALAS); por el otro, se insistía que todo el sistema eléctrico tenía un

Ello nos obliga a efectuar algunas breves consideraciones sobre uno de los dogmas tradicionales del Derecho Administrativo Económico: el *servicio público*. La doctrina venezolana mayoritaria se ha inclinado por la tesis según la cual la declaratoria de servicio público apareja la *reserva sobre la actividad de que se trate*. En este sentido ALLAN R. BREWER-CARIAS afirma que el servicio público alude principalmente a actividades prestacionales:

“... desde el punto de vista jurídico, la noción de servicio público es algo más precisa, y puede decirse que se refiere a las actividades prestacionales del Estado tendientes a satisfacer necesidades colectivas, y que cumple en virtud de una obligación constitucional o legal...”<sup>56</sup>.

La consecuencia de la declaratoria de una actividad como servicio público, para el autor, es la *restricción automática de la libertad económica de los particulares en el sentido que no pueden libremente ejercer dicha actividad*. El servicio público, para esta opinión, no es “... otra cosa que una actividad prestacional impuesta y reservada al Estado en forma exclusiva...”<sup>57</sup>. Esta posición es asumida también por GUSTAVO LINARES BENZO, para quien:

---

régimen unitario, que es el del servicio público (ARIÑO). En nuestra opinión, la sola declaratoria de servicio público no impone, *per se*, la reserva de la actividad; dicha reserva siempre debe ser expresa. Tratábase, en consecuencia, de un *servicio público objetivo* (cfr.: MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio Público...*, Tomo IV, ob. cit., página 51). La opinión de SALAS, en virtud de la cual la declaratoria de servicio público tenía una clara finalidad instrumental (lo de menos –acotaba– era la transferencia a la Administración de la titularidad de la actividad) está contenida en su obra *Régimen jurídico-administrativo de la actividad de la energía eléctrica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977, páginas 38-39. La posición de GASPAR ARIÑO ORTIZ está contenida en “Configuración jurídica del sector eléctrico. Prolegómenos a su estudio”, en *Libro homenaje al Profesor Juan Galván Escutia*, Universidad de Valencia, 1980, páginas 28 y siguientes, ahora en ARIÑO ORTIZ, GASPAR, y LOPEZ DE CASTRO, LUCIA, *El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia*, ob. cit., páginas 77 y siguientes.

56 “Comentarios sobre la noción de servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias” en *Revista de Derecho Público número 6*, Caracas, 1988, páginas 65-67.

57 “La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración pública y el proceso de lujada y recuperación del Derecho Administrativo”, en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ‘Allan Randolph Brewer-Cariás’*, ob. cit., página 54. Aún más enfáticamente, BREWER-CARIAS ha sostenido que la declaración de una actividad como servicio público “... no significa otra cosa que sustraerla de las actividades que puedan realizar, libremente, los particulares...”. Cfr.: “Reflexiones sobre la Constitución Económica”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo V, Civitas, Madrid, 1991, página 3852.

“... declarar una determinada actividad como servicio público, pues, es intervenir en el patrimonio de los particulares, y de un modo especialmente intenso. Reservado un sector, allí la libertad privada queda a merced de la decisión pública, administrativa las más de las veces, con lo cual es imprescindible aplicar a la figura todas las exigencias del principio de legalidad de las cargas y del respeto al contenido esencial de los derechos...”<sup>58</sup>.

En resumen, conforme esta posición –a la que parece sumarse también JOSÉ ARAUJO JUÁREZ<sup>59</sup>– el servicio público alude a las actividades prestacionales reservadas al Estado: se trata, por tanto, de una *modalidad* de la actividad administrativa. Esa es también la posición asumida, en España, por ARIÑO ORTIZ y, posteriormente, por GARRIDO FALLA. La reserva sobre la actividad –*publicatio*– aparece entonces como elemento indisociable al servicio público<sup>60</sup>.

La liberalización de la economía ha permitido forjar un *nuevo* concepto de servicio público, en el cual rige plenamente la libre competencia y la iniciativa privada, y que supone la *despublicación* de los sectores liberalizados, esto es, la eliminación de la reserva<sup>61</sup>. Este *nuevo*

58 “Los servicios públicos como limitación a la libertad privada y prestación no constitucionalmente garantizada”, en *II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, página 900. No obstante, el autor pareciera aceptar la existencia de los denominados servicios públicos concurrentes, esto es, aquellos que no suponen una reserva sobre la actividad (páginas 901-902). Téngase en cuenta, además, que el antagonismo entre la libertad económica y la reserva de actividades al Estado (al cual hacen mención estos autores), ha sido superada en la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 18 de junio de 1998, caso *Avensa*.

59 *Derecho de las Telecomunicaciones*, FUNEDA, Universidad Católica del Táchira, Caracas, 1997, páginas 77-80.

60 Cfr.: ARIÑO ORTIZ, GASPAS, “Servicio público y Libertades Públicas (una interpretación limitadora del art. 128 de la Constitución)”, en *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla. Volumen III*, Editorial CompuTextense, Madrid, 1992, páginas 1318-1321, y GARRIDO FALLA, FERNANDO, en “El concepto de servicio público en el Derecho Español”, en *Revista de Administración Pública número 135*, Madrid, 1994, páginas 7-36. La *publicatio* o reserva es término acuñado por JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ (“La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública número 3*, Madrid, 1950, página 62).

61 Por todos, vid. “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación”, en *El nuevo servicio público*, ob. cit., página 25. En general, véase también a VARAS-IBÁÑEZ, SANTIAGO, *Derecho Administrativo Privado*, Montecorvo, Madrid, 1996, páginas 431-459 y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, JOSÉ LUIS, “Nuevo sistema conceptual”, en *Privatización y Liberalización de servicios*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1999, páginas 140-149.

servicio público –en el que la *publicatio* o reserva es sustituida por una regulación conforme al mercado- es el concepto que pasaría a regir a sectores como el eléctrico<sup>62</sup>.

No compartimos, sin embargo, la posición según la cual la declaratoria de una actividad como servicio público apareje su reserva al Estado, ni tampoco la posición doctrinal sobre el *nuevo* servicio público.

En nuestra opinión, hay que partir de dos premisas: en *primer lugar*, que el término servicio público es multívoco pues la doctrina nunca ha sido conteste en cuanto a su significado; en *segundo lugar*, que todas las limitaciones a la libertad económica –como manifestación de la genérica libertad personal a que se contrae el artículo 20 de la Constitución- deben ser *expresas* y además, son siempre de interpretación restrictiva<sup>63</sup>. Pues bien, si sostenemos la posición aceptada por la doctrina en Venezuela, deberíamos concluir que el artículo 4, implícitamente, consagra la *reserva sobre todas las actividades del sector eléctrico* y consecuentemente, la *eliminación o, en todo caso, restricción de la libertad económica*. Y esa sería, para nosotros, una conclusión sin fundamento jurídico y contradictoria. Carecería de fundamento jurídico, pues la reserva sobre todo el sector eléctrico *tiene que ser expresa*: no caben, insistimos, reservas “implícitas”. Además, sería contradictorio que la LSE, para *fomentar la iniciativa privada* –como postula su artículo 3- *elimine el ejercicio de la libertad económica*. Por tanto, la posición asumida por la doctrina venezolana en torno al concepto de servicio público, no sirve para interpretar el artículo 4 de la LSE.

El principal equívoco de esa posición –que como vimos, ha sido aceptada también en el Derecho Comparado- parte en nuestra opinión de la relación que se pretende sostener entre el *servicio público* y la *reserva o publicatio*. No hay, para nosotros, tal equiparación: el servicio público no supone necesariamente la reserva sobre la actividad. Incluso –y este puede ser un dato significativo- la Constitución de 1999 –al igual que la Constitución de 1961- al regular la reserva, se refiere a *servicios de interés público* y no a *servicios públicos*<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> CRUZ FERRER, JUAN DE LA, *Liberalización de servicios públicos...*, ob. cit., páginas 50-86

<sup>63</sup> Cfr.: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, *Derecho Administrativo Económico*, ob. cit., páginas 171 y siguientes.

<sup>64</sup> Cfr.: artículos 97 de la Constitución de 1961 y 303 de la Constitución de 1999.

Para nosotros, el término servicio público alude únicamente a actividades prestacionales, esto es, actividades destinadas a satisfacer necesidades colectivas o públicas. Ninguna otra consecuencia puede extraerse de ese concepto: la *reserva* sobre la actividad es por tanto *accidental*. Y es que, en realidad, el concepto de servicio público alude a las *técnicas de intervención del Estado sobre actividades prestacionales de interés general*. Como bien señala TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ el servicio público sólo es una técnica de intervención de la Administración; y es por ello que "... la calificación legal de una actividad como servicio público tampoco ha supuesto nunca la aplicación de un régimen jurídico diferenciado, ni mucho menos..."<sup>65</sup>. Frente a las actividades prestacionales de interés general –servicios públicos– el Estado puede optar por reservarse la titularidad de la actividad, pero también puede limitarse a regular tales actividades. Hay entonces "servicios públicos" en los cuales existe una *reserva expresa* a favor del Estado y "servicios públicos" de *titularidad privada* sobre los que el Estado ejerce una regulación económica. Es por ello que la declaratoria de una actividad como servicio público no apareja, por sí misma, ninguna consecuencia jurídica, pues deberá atenerse a las *técnicas de intervención pública sobre la actividad declarada servicio público* y contenidas en el instrumento legal que consagra tal declaración. Y como la *reserva* no es inherente al servicio público<sup>66</sup>, la liberalización de éstos –como concluye VILLAR EZCURRA– incidirá de manera muy dispar en las diferentes actividades de servicio público "habida cuenta de su nivel de *publicatio* en el momento de incidencia de la nueva regulación"<sup>67</sup>. La liberalización de servicios públicos significa, entonces, la reducción y racionalización de las técnicas de intervención del Estado sobre actividades prestacionales de interés general.

Es en ese sentido en que debe, para nosotros, interpretarse el artículo 4 de la LSE: la declaratoria de servicio público sobre todas las actividades del servicio eléctrico *no apareja ninguna consecuencia jurídica, ni mucho menos supone la reserva sobre la actividad*. A lo

65 FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, TOMÁS-RAMÓN, "Del servicio público a la liberalización. Desde 1950 hasta hoy", en *Revista de Administración Pública número 150*, Madrid, 1999, página 60.

66 Que la declaratoria de una actividad no apareja su reserva al Estado, es una conclusión a la que llegamos, también, del análisis de la Constitución. Según el artículo 102 constitucional, la educación *es un servicio público*; no obstante, y en virtud del artículo 106, todos tienen el derecho a fundar y mantener instituciones educativas privadas. Hay allí una actividad declarada como servicio público en la cual se reconoce la iniciativa privada. Tal declaratoria no supone, entonces, la reserva de la educación al Estado.

sumo, tal artículo reconoce que el servicio eléctrico está constituido por actividades materiales prestacionales que satisfacen necesidades colectivas; tal es, a la postre, la principal característica del suministro eléctrico. Para garantizar ese suministro, el Estado –a través de la Administración económica- debe intervenir en el sector eléctrico, pero el título habilitante de esa intervención no puede encontrarse en el artículo 4, sino en las diversas normas que sancionan la intervención pública en el sector<sup>68</sup>. En definitiva, el servicio eléctrico es un servicio público *objetivo*, esto es, una actividad prestacional, sin que esté presente la reserva sobre la actividad<sup>69</sup>.

Distinciones y posibles equívocos que justifican la superación del término *servicio público* y su sustitución por otro, a saber, los *servicios esenciales* o de *interés público*, términos que aluden a prestaciones fundamentales para la convivencia social y para el desarrollo de derechos constitucionales<sup>70</sup>, excluyendo por tanto cualquier relación entre ese concepto y la reserva o *publicatio* a favor del Estado.

La declaratoria de una actividad como servicio público no supone la reserva al Estado; es más, no supone ninguna consecuencia jurídica

67 VILLAR EZCURRA, JOSÉ LUIS, "Los cauces de la intervención administrativa", en *Don Luis Jordana de Pozas. Creador de Ciencia Administrativa*, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, página 302. Frente al servicio público caben entonces distintas técnicas de intervención e incluso, distintos niveles de reserva o *publicatio*, tal y como afirma SOUVIRON MORENILLA, JESÚS MARIA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Editorial Comares, Madrid, 1998, páginas 499 y siguientes.

68 Por ejemplo, el artículo 2 de la LSE.

69 En cuanto al servicio público objetivo y subjetivo en el sector eléctrico, vid. CRUZ FERRER, JUAN DE LA, *La liberalización de los servicios públicos...*, ob. cit., páginas 349 y siguientes. El término *servicio público objetivo* alude a la existencia de actividades prestacionales de interés general; el término *servicio público subjetivo* implica que esas actividades prestacionales son, además, de titularidad pública.

70 En la liberalización de otro sector –las telecomunicaciones- no se ha empleado, afortunadamente, el término servicio público, pero se ha acudido a otro completamente ajeno al Derecho venezolano, que puede prestarse a confusiones. Según el artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (publicada en la Gaceta Oficial número 36.970, de 12 de junio de 2000), las telecomunicaciones se consideran *actividades de interés general*, con una clara reminiscencia del término *servicios económicos de interés general*, a que alude el artículo 90.2 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas. Es criticable, para nosotros, el empleo de ese término, desde que su *amplitud e imprecisión* –plenamente justificada en el Derecho Comunitario Europeo- puede prestarse a equívocos en el Derecho Venezolano.

precisa. Y de allí que tal declaratoria no elimina –*per se*– la libre competencia, vigente en el “servicio público eléctrico” según señala el artículo 3. En este sentido, debemos rechazar que la existencia de *servicios públicos* sometidos a la libre competencia y al principio de libertad económica sea un concepto *novedoso*. Muy por el contrario, la doctrina clásica francesa –JEZÈ– estudió una peculiar categoría de servicios públicos –los servicios públicos comerciales e industriales– que según la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés se sometían a las reglas de la libre competencia<sup>71</sup>. Asimismo, ya vimos como en Venezuela la Administración de Defensa de la Competencia aceptó la compatibilidad entre el término “servicio público” y la libre competencia.

Concluimos entonces que el término *servicio público* empleado en el artículo 4 de la LSE, alude sólo a que la electricidad está constituida por actividades prestacionales que, al afectar al interés general, justifican la actuación de la Administración económica conforme los distintos títulos habilitantes previstos en la LSE. Pero esa declaratoria –que en nada prejuzga acerca de los *instrumentos de intervención* de la Administración– no desdice el carácter *privado* de todas las actividades del sector eléctrico, ni mucho menos elimina la vigencia de la libre competencia.

### III. LA NEO-REGULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO

La liberalización de sectores estratégicos, entre ellos el eléctrico, opera a través de distintos *instrumentos jurídicos*, cuya aplicación depende de cuáles son las *técnicas de intervención* que a través de la *liberalización* pretenden racionalizarse. De esa manera, en la regulación tradicional del sector eléctrico venezolano regía la libertad económica y la libre competencia, pues no se trataba, recordamos, de actividades *reservadas* al Estado. De allí que la liberalización de ese sector no supone su *despuplicación*, sino en todo caso la *desregulación* –eliminación de la regulación económica– y la *neo-regulación*. Hay que tener en cuenta,

<sup>71</sup> Nos referimos a la decisión del Consejo de Estado francés de 23 de diciembre de 1921, caso *Société Générale d'armements*, en la cual se sostuvo que “en la explotación de los servicios públicos industriales, cuya gestión cree asumir, el Estado se halla, con respecto a los usuarios, en la misma situación que un empresario ordinario”. Esto es, que tales *servicios públicos* se rigen por el derecho común y, por tanto, por la libre competencia (cfr.: JEZE, GASTÓN, *Principios generales de Derecho Administrativo, Tomo II I*, Editorial DePalma, Buenos Aires, 1949, página 10). El “nuevo” concepto de servicio público ha sido aplicado también al sector eléctrico. Véanse los comentarios de JOSÉ MARÍA NEBOT LOZANO, contenidos en “Competencia y servicio público en la actividad eléctrica”, *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, ob. cit., páginas 13 y siguientes.

además, que uno de los objetivos de la LSE fue *reordenar* el régimen jurídico del sector eléctrico, lo que supuso *incorporar* varios de los principios vigentes en el Decreto 1.558: la *desregulación*, por tanto, fue de alcance bastante limitado.

Por ello, la liberalización del sector eléctrico operó básicamente mediante la *neo-regulación* del sector, la cual supone la implementación de una regulación económica orientada a la introducción y afianzamiento de la libre competencia y a la garantía del suministro eléctrico, en respeto a la libertad económica. Se trata así de una regulación económica *proconcurrential*, acorde *con el mercado*. Hay en este punto una notable semejanza con el régimen implantado en España, a través de la Ley 54/1997, de Ley del Servicio Eléctrico.

Se ha destacado así, por ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO, que la Ley 54/1997 supone un “cambio radical” en el modelo de regulación eléctrica, al adaptarse un modelo de regulación “para la competencia en el sector eléctrico”<sup>72</sup>. CRUZ FERRER, igualmente, postula que esa Ley supone un cambio de paradigma: ya no corresponde al Estado el protagonismo en el sector eléctrico, pues el objeto principal sobre el cual pivota la nueva regulación es la libertad económica<sup>73</sup>. Lo sustancial de esa reforma—escribe MUÑOZ MACHADO—consiste “... en el intento de constituir al sector eléctrico como un mercado libre en el que todas las empresas puedan actuar en competencia...”<sup>74</sup>. La Ley 54/1997 parte de la premisa según la cual la intervención del Estado en la economía no puede ejercerse libre e indiscriminadamente, sino siempre en atención a específicos supuestos y, sobre todo, en estricto respeto al principio de proporcionalidad. Así se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley 54/1997, en la cual se expresa que “.. a diferencia de regulaciones anteriores, la presente Ley se asienta en el convencimiento de que garantizar el suministro eléctrico, su calidad y su coste no requiere de más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone...”<sup>75</sup>. Nue-

<sup>72</sup> Cfr.: *Principios...*, ob. cit., páginas 609 y 617.

<sup>73</sup> *La liberalización...*, ob. cit., página 345.

<sup>74</sup> *Servicio público...* Tomo IV, ob. cit., página 136.

<sup>75</sup> Continúa la exposición de motivos señalando que “... no se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico. Así, se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del

va regulación y nuevo papel del Estado, nuevo paradigma, como se ha dicho, en el que juega papel determinante la *libre competencia*. De esta forma –señala la exposición de motivos– “... se configura un sistema eléctrico que funcionará bajo los principios de objetividad, transparencia y libre competencia, en el que la libre iniciativa empresarial adquirirá el protagonismo que le corresponde...”. La intención de la Ley –como se vislumbraba ya desde el *Protocolo para el establecimiento de una nueva regulación del sistema eléctrico nacional*– es liberalizar el sector, fomentando la libre competencia y garantizando un menor coste de la energía eléctrica para el conjunto de la economía española<sup>76</sup>.

La Ley 54/1997 –como también la LSE en Venezuela– consagra igualmente la *neo-regulación* del sector eléctrico. Se parte así, como señala R. FIESTAS HUMMLER, de una nueva regulación basada en la mayor confianza en las libertades y en el mercado: el fin último de la *neo-regulación*, en definitiva, es afianzar la libre competencia, garantizando al mismo tiempo los fines sociales inherentes al suministro eléctrico<sup>77</sup>. Aunque se han planteado algunos obstáculos. La competencia en ese sector– escribe MARTÍN MATEO– es “... difícil de organizar a escala de los consumidores, pero sobre todo exige pluralidad de agentes oferentes en los diversos niveles transaccionales (...) lo que en estos momentos no sucede...”. Por tanto, para el autor “... la transición a la competencia, pese a los bienintencionados propósitos liberalizadores de la Ley de 1997, no resulta fácil...”<sup>78</sup>. No obstante, téngase en cuenta, como refiere MUÑOZ MACHADO, que la intención de la Ley no es introducir plenamente la competencia al sector eléctrico. La Ley “... no pretende revolucionar completamente el sistema establecido, sino sentar las bases para que la competencia sea implantada paulatinamente. Además, se organiza la competen-

territorio nacional. La explotación unificada del sistema eléctrico nacional deja de ser un servicio público de titularidad estatal desarrollado por el Estado mediante una sociedad de mayoría pública y sus funciones son asumidas por dos sociedades mercantiles y privadas, responsables respectivamente, de la gestión económica y técnica del sistema...”.

<sup>76</sup> A través de dicho Protocolo, el Gobierno español y los principales integrantes del sistema eléctrico establecieron las bases para el nuevo modelo de regulación. El texto ha sido tomado de MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio público...*, ob. cit., Tomo IV, páginas 179-203.

<sup>77</sup> Cfr.: “Regulación y libertad empresarial: el Derecho de establecimiento en la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico”, en *Regulación sectorial...*, ob. cit., páginas 76-77. Se trata, insistimos, de una competencia regulada. En este sentido, vid. especialmente, GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER, “La regulación del sector eléctrico: intervención normativa sobre el mercado y defensa de la competencia”, en *Regulación sectorial...*, ob. cit., página 117.

<sup>78</sup> MARTÍN MATEO, RAMÓN, *El marco público de la economía de mercado*, Editorial Trivium, Madrid, 1999, página 172.

cia donde es posible...”<sup>79</sup>. La liberalización del sector eléctrico, entonces, supone una regulación –como bien plantea VICENTE LÓPEZ-IBOR MAYOR– enfocada hacia la libre competencia, sin descuidar por ello la calidad, regularidad y universalidad del suministro eléctrico<sup>80</sup>.

### A. La nueva regulación económica en el sector eléctrico: el ámbito de la libertad económica

¿Cuál es el alcance práctico de la libertad económica en la LSE?. La respuesta exige considerar y analizar tres aspectos: el *régimen jurídico de las actividades eléctricas*; el *régimen tarifario* y finalmente, el *régimen del Mercado Mayorista Eléctrico*. En este último caso, como veremos, la libertad económica aparece limitada incluso, en lo que atañe a su *contenido esencial*.

#### a. Régimen jurídico de las actividades eléctricas. La imprecisión terminológica en la regulación jurídica del sector eléctrico

Según el artículo 24 de la LSE venezolana, el ejercicio de la actividad de *generación* de energía eléctrica está abierto a la competencia, previa autorización de la Administración económica. Por tanto, la generación sería una actividad sometida al principio de libre competencia, *excepto* la actividad de generación hidroeléctrica sobre las cuencas de los ríos (bienes del dominio público cuyo uso requiere el otorgamiento de previa concesión) y la generación hidroeléctrica sobre las cuencas a que se refiere el párrafo único del artículo 3 de la Ley, pues esa actividad está reservada al Estado<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> *Servicio Público...*, Tomo IV, página 149.

<sup>80</sup> Vid. “La liberalización del sector eléctrico: perspectiva jurídica”, en *La liberalización de sectores estratégicos y el proceso de convergencia: oportunidades empresariales*, obra colectiva dirigida por LÓPEZ RODÓ, LAUREANO, Madrid, 1997, páginas 151-175, en el que se efectúa un análisis comparativo de los distintos modelos de regulación del sector eléctrico en Derecho Comunitario y en España. Este planteamiento, acotamos, es válido también para Venezuela.

<sup>81</sup> Según el párrafo único del artículo 3 de la LSE “el Estado se reserva la actividad de generación hidroeléctrica en las cuencas de los ríos Caroní, Paragua y Caura”. Debe entenderse, por tanto que sólo la *República*, o las *personas jurídicas descentralizadas integradas al Poder Nacional*, pueden explotar la actividad de generación en esas cuencas. Téngase en cuenta, además, que lo aquí expuesto se refiere sólo a la generación. La *autogeneración* –entendida como la actividad de generación eléctrica destinada al uso exclusivo de la persona natural o jurídica que la realiza– está exenta del requisito de previa autorización, dejando a salvo las eventuales cargas que, sobre esa actividad, consagra la LSE (cfr.: artículos 24, párrafo único y 26).

El régimen jurídico de la actividad de *transmisión* resulta menos preciso. Conforme el artículo 27, el ejercicio de la actividad de transmisión *está sujeto a concesión*, y debe realizarse *de conformidad con esta Ley y demás normas que regulen la materia*. La concesión, reiteramos, es un título habilitante que sólo opera respecto actividades *reservadas* o de titularidad pública. Así, y en una primera interpretación, podríamos derivar que sobre la actividad de transmisión hay una *reserva* o *publicatio* implícita y de allí, por tanto, la necesidad de obtener una previa concesión.

Sin embargo, la existencia de una reserva *implícita* choca contra la idea del Estado de Derecho y contra el principio de la libertad económica, principio rector de la Constitución económica venezolana; ya su Exposición de Motivos aclaró que la Constitución sanciona un sistema económico de respeto a la acción individual. La libertad económica, como ha expresado en España la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1982 y como habíamos indicado antes, deriva del principio general de libertad, y por tanto, insistimos, todas las técnicas de intervención de los poderes públicos deben ser *expresas* y, además, son de *interpretación restrictiva*. La vigencia del principio *pro libertatis* excluye así la posibilidad de entender *implícitamente* reservada una actividad. Toda reserva tiene que estar expresamente consagrada en actos con rango de Ley. Por ello, es lamentable que la LSE venezolana, como ocurría ya antes, establezca la *concesión* como título necesario para desarrollar actividades *privadas* del sector eléctrico. La concesión *es la consecuencia de la reserva sobre determinados servicios*; es insostenible, al amparo de la Constitución económica vigente, afirmar lo contrario, esto es, que la *reserva* es una consecuencia de la *concesión*.

El artículo 27 de la LSE debe interpretarse, para nosotros, *conforme la Constitución*. En consecuencia, la actividad de transmisión no puede entenderse reservada al Estado, desde que esa reserva no ha sido expresamente consagrada en la LSE. La transmisión es, entonces, una *actividad económica privada* que puede ser ejercida en desarrollo del derecho constitucional a la libertad económica. El título habilitante necesario para ejercer esa actividad privada no tiene la naturaleza jurídica de la concesión, sino de la *autorización*, pues la Administración, a través del título habilitante consagrado en el artículo 27, permite el ejercicio del

derecho contenido en el artículo 112 constitucional, mas no *confiere o concede* derecho alguno<sup>82</sup>.

Esta imprecisión terminológica la encontramos, igualmente, en el artículo 35, conforme al cual el ejercicio de la actividad de *distribución* está sujeta al otorgamiento de una concesión. De nuevo, la Ley emplea el término “concesión” de manera confusa, pues no hay, respecto esa actividad, una previa declaratoria expresa de reserva. De allí que la distribución sea, para nosotros, una actividad económica privada.

Finalmente, la LSE venezolana distingue la *comercialización*, definida como *la actividad de compra y venta de potencias de energía eléctrica* (cfr. art. 38). Las empresas especializadas en comercialización ejercen esta actividad bajo régimen de competencia y, por tanto, en ejercicio de la libertad económica. El único requisito o barrera de entrada a ese mercado es la previa obtención de una autorización.

La distinción entre las actividades de distribución y comercialización atañe a su régimen jurídico, no a su naturaleza jurídica. En ambos casos estamos frente al *suministro* de electricidad a usuarios finales: sólo que en un supuesto rige la libre competencia (comercialización) y en otro no (distribución)<sup>83</sup>. Ello supone además, la existencia de dos tipos de usuarios diferenciados: los usuarios regulados, que obtienen electricidad a través de la distribución, y los usuarios cualificados o especializados, que obtienen electricidad de la comercialización. Lo importante de estos dos regímenes jurídicos diferenciados es que la liberalización del sector eléctrico supone la *progresiva introducción y expansión de la libre competencia* y, por tanto, la progresiva sustitución de la distribución por la actividad de comercialización. No obstante, la LSE –a diferencia de lo ocurrido en otros ordenamientos jurídicos, como el español<sup>84</sup>– no incorporó el

---

82 Ello supone una difícil tarea al desarrollar, reglamentariamente, los principios de la LSE que giran en torno al *contrato de concesión* necesario para explotar una actividad económica privada.

83 Cfr. CRUZ FERRER, JUAN DE LA, *La liberalización...*, ob. cit., página 438.

84 La Ley 54/1997 establece un cronograma en su disposición decimotercera, y conforme al cual, para el año 2007 todos los usuarios del sector tendrán la condición de usuarios cualificados, esto es, se registrarán por las normas de libre competencia. Sin embargo, el avance del sector eléctrico en España hará que, probablemente, antes de esa fecha se sustituya completamente la distribución.

cronograma a través del cual deberá sustituirse, progresivamente, la actividad de distribución por la comercialización especializada. Corresponderá en todo caso a la Administración, esto es, a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, determinar qué usuarios podrán tener la condición de cualificados, y en qué medida la distribución será sustituida por la comercialización.

El análisis comparativo de la LSE con el régimen contenido en régimen anterior nos permite concluir que el único cambio operado es en la *comercialización*, la cual ahora se regirá enteramente por el principio de libre competencia. Y es en esa actividad, precisamente, en la que debe promoverse la introducción de la libre competencia, fomentando la iniciativa económica privada<sup>85</sup>.

#### *b. El régimen tarifario*

El régimen de tarifas o precios del sector eléctrico está establecido de manera muy confusa en la LSE. La Ley distingue, en su Título VII, dos mercados: el *Mercado Mayorista*, regido por el principio de libre competencia (artículo 78), y el *Mercado de Tarifa Regulada*, el cual estará *regulado* (artículo 79). Además, deriva de la Ley la existencia del *mercado minorista no regulado*, y en el cual participan las empresas de comercialización. Dispone así el artículo 84 que la remuneración de la actividad de comercialización será la que libremente se pacte entre las partes. Esta distinción y la que antes hemos efectuado al analizar el régimen de las distintas actividades, permitiría concluir que, en relación con las actividades sometidas al principio de libre competencia (generación y comercialización), la remuneración se determinará conforme los precios libremente fijados y, en las actividades altamente reguladas (transmisión y distribución), la remuneración se fijará conforme un sistema tarifario. Igualmente, podríamos concluir que la remuneración de las actividades en el *Mercado Mayorista* se determinará conforme los precios libremente fijados, lo cual es una consecuencia de la vigencia de la libre competencia.

<sup>85</sup>

En nuestra opinión, la LSE *derogó* las disposiciones de la LORM en lo que atañe a la comercialización. Los Municipios, en un todo de acuerdo con el artículo 42 de la LSE, deberán fiscalizar y controlar el ejercicio de la comercialización dentro del ámbito local, *pero respetando las disposiciones de la LSE*: no será ya exigible, por tanto, la concesión, sino la sola autorización para la actividad de comercialización. Además, la intervención local en esa actividad deberá respetar la libre competencia.

El impacto de la LSE sobre la libertad económica, en lo que atañe al sistema tarifario, se reduciría entonces a dos supuestos: la implantación de la libre competencia en el mercado minorista no regulado y en el Mercado Mayorista. No obstante, un detenido análisis de las disposiciones de la LSE en este último mercado nos lleva a conclusiones del todo distintas.

*c. El Mercado Mayorista y la intensa regulación del Estado en la materia.*

La Ley regula el Mercado Mayorista en su artículo 78, según el cual en ese Mercado se realizarán las transacciones “de bloques de potencia y energía eléctrica que ocurran dentro del Sistema Eléctrico Nacional”. Podrán participar en este mercado los generadores, distribuidores, los comercializadores especializados y los grandes usuarios<sup>86</sup>, y estarán sujetos a la competencia libre y abierta, “cuyos beneficios deberán traducirse en un mayor beneficio colectivo”. El *mercado eléctrico* puede ser definido (FERNÁNDEZ PLASENCIA)<sup>87</sup> como el conjunto de transacciones comerciales de compra y venta de energía y de otros servicios relacionados con el suministro de energía eléctrica; el término “mayorista” alude al uso de los servicios y bienes transados en ese mercado, que no se destinan a los usuarios finales<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Según el párrafo único del artículo 87, a los efectos de la LSE se entiende por gran usuario aquel cuya demanda de potencia y energía sea superior a un límite fijado en la LSE, cuyo artículo 117 prevé que “la contratación en el Mercado Mayorista de Electricidad por un gran usuario se realizará de acuerdo a las condiciones establecidas en el Reglamento de esta Ley. La apertura del Mercado Mayorista Eléctrico a esos usuarios deberá realizarse antes de tres (3) años, contados a partir de la publicación de esta Ley”. Dispone asimismo la norma que mientras la Comisión Nacional de Energía no establezca otro valor, el límite para calificar a los grandes usuarios será de cinco megavatios (5MW). Los grandes usuarios son, entonces, personas que adquieren electricidad para consumo propio –como los usuarios finales– pero que, sin embargo, su condición se asimila a los agentes mayoristas de ese mercado, a saber, los generadores, distribuidores y comercializadores.

<sup>87</sup> FERNÁNDEZ PLASENCIA, SANTIAGO, “El mercado de producción de energía eléctrica”, en *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI)* número 4, Madrid, 1999, página 73.

<sup>88</sup> En ese Mercado los agentes venden electricidad y servicios *afines* a los distribuidores y comercializadores especializados –por intermedio de las empresas de transmisión– quienes procederán a su posterior venta en el mercado minorista.

El funcionamiento de ese Mercado se rige por un mecanismo de *oferta*<sup>89</sup>. Así, para introducir la libre competencia, la LSE venezolana ha concebido un Mercado Mayorista de Electricidad gestionado por el Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico (CNGSE)<sup>90</sup>, a quien corresponderá casar o conciliar las ofertas y demandas de energía “para cada período de programación”, de acuerdo con los precios que resulten de la comparación de ofertas (cfr. art. 34, numeral 16, de la LSE). El CNGSE deberá liquidar y comunicar los pagos y cobros que deban realizarse por efecto de la participación de los agentes en el Mercado, y la liquidación y comunicación del precio final resultante del sistema. (cfr.: artículo 34, numeral 17 de la LSE).

Ahora bien, la Ley regula de manera confusa el funcionamiento de ese Mercado. Hay un aspecto que, no obstante, resulta relevante para interpretar qué principios rigen ese funcionamiento. Las empresas que ejerzan la actividad de generación, de conformidad con el artículo 25, numeral 1, tienen la obligación de “declarar y poner a disposición” del Operador del Mercado –el CNGSE- la “*totalidad de la potencia y energía de sus instalaciones y permitir su verificación*”. Esta misma disposición, subrayamos, estaba contenida ya en el Decreto 1.558.

Nótese entonces como la LSE venezolana *obliga* a las empresas generadores de electricidad a poner a disposición del CNGSE *toda* la energía producida. Y ello, precisamente, nos permitiría interpretar el término “centralizada” que emplea la Ley venezolana, al hacer mención a la

<sup>89</sup> Dentro de los distintos modelos de regulación del mercado mayorista, quizás el más seguido e imitado ha sido el modelo británico, conocido como “pool” e incorporado en la *Electricity Act* de 1989. Su pilar fundamental es la libre competencia, mas su implantación requiere de una estructura empresarial adecuada. La LSE parece haberse apartado de ese modelo, dada las amplias potestades atribuidas a la Administración (cfr.: FERNÁNDEZ PLASENCIA, SANTIAGO, “El mercado de producción de energía eléctrica”, *ob. cit.*, páginas 51-54).

<sup>90</sup> La LSE ha previsto la creación del *Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico* (CNGSE) como un ente que, de manera centralizada, ejerce la gestión del Sistema Eléctrico Nacional. La centralización de las funciones de gestión persigue *garantizar la óptima utilización de los recursos de energías primarias, producción y transporte, de la energía eléctrica y de contribuir a la obtención de un suministro de electricidad confiable, económico, seguro y de la mejor calidad, de conformidad con esta ley y demás normas que regulen la materia*» (cfr. art. 32 de la LSE). El Centro, según dispone el artículo 33, será creado por el Ejecutivo Nacional, quien “*constituirá una empresa de su propiedad para llevar a cabo la gestión del Sistema Eléctrico Nacional*”. Se trata, en consecuencia, de una empresa pública, muy similar al *Operador del Mercado*, que regula la legislación española.

gestión del Sistema Eléctrico Nacional. Suele así distinguirse, por un lado, la *explotación centralizada*, en el que las actividades del mercado son efectuadas por un único ente – el operador del mercado- a quien los operadores *ceden* la electricidad producida. En contra de ese sistema, encontramos la *gestión centralizada*, en la que el manejo o administración del mercado se encarga a un único ente, quien actúa como coordinador, mientras que el funcionamiento práctico del mercado se rige por el principio de *explotación descentralizada*. Pues bien, de la interpretación literal de la LSE venezolana priva el principio de *explotación centralizada*, pues toda la electricidad generada –insistimos- *debe ponerse a disposición del operador*, quien se encargara luego de asignar la remuneración por las unidades producidas<sup>91</sup>.

En la LSE hay una situación de imprecisión, pues no están definidos los derechos de propiedad sobre la electricidad producida. Jamás se precisa –parafraseando a la doctrina española que comentaba la LOSEN- quiénes son las partes en las adquisiciones de energía; no se precisa quién es el titular de los derechos de propiedad de la energía; en definitiva, no se precisa quien vende ni a quién<sup>92</sup>.

De esa manera, insistimos, el funcionamiento del Mercado Mayorista establecido en la LSE venezolana parte de la obligación de los generadores de poner a disposición del Operador del Mercado toda la electricidad producida, el cual no actúa, entonces, como un simple intermediario. Es por esto, precisamente, que la gestión del Sistema Eléctrico Nacional se rige por el principio de centralización, pues todas las decisiones relativas al funcionamiento del Mercado quedarían a disposición de un único ente, como es el Operador del Mercado. Por tanto, una primera interpretación literal de la Ley nos permite concluir que el funcionamiento del Mercado Mayorista de Electricidad supone la *requisita* de toda la electricidad generada, en detrimento no sólo del principio de libre compe-

<sup>91</sup> Respecto a esta distinción, vid. ARIÑO ORTIZ, GASPAR y LÓPEZ DE CASTRO, LUCIA, *El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia*, ob. cit., página 459.

<sup>92</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAR y LÓPEZ DE CASTRO, LUCIA, *El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia*, ob. cit., 369. La conclusión a la que llegan los autores, en torno al Mercado Mayorista basado en el sistema centralizado de ofertas y en la *requisita* de la electricidad producida, no puede ser otra: se configura "... unas empresas eléctricas sin derechos de propiedad sobre el producto que producen, sin asunción de riesgo empresarial respecto a las inversiones, ni respeto a la explotación de sus instalaciones. Antes, al contrario, se reafirma legalmente la publicación de las decisiones de inversión (...) y de gestión..." (páginas 372-373).

tencia, sino también de la libertad económica e incluso, del derecho de propiedad. Se priva con ello a las empresas de la energía que han producido, impidiendo "... cualquier posibilidad de comercializarla mediante su libre contratación con distribuidores o grandes consumidores..."<sup>93</sup>. Constatamos de esa manera la publicación intensa de un mercado privado y la existencia de un modelo, como queda planteado en los términos *literales* de la LSE, que niega la competencia entre los agentes que actúan en el mercado y en el que las operaciones son centralizadas de tal modo que deriva, a la postre, en un verdadero monopolio<sup>94</sup>.

No obstante, y en nuestra opinión, la interpretación de las disposiciones de la LSE en cuanto al Mercado Mayorista debe tener en cuenta tres premisas reiteradas ya por nosotros: en primer lugar, el servicio eléctrico está constituido por actividades económicas privadas; en segundo lugar, todas las limitaciones a la libertad económica deben ser expresas y son además, de interpretación restrictiva; finalmente, y en tercer lugar, la intención de la LSE es el fomento de la iniciativa privada en régimen de libre competencia. La centralización de ese mercado, en respeto al principio de libre competencia y al derecho constitucional a la libertad económica, supone la prevalencia de la voluntad de las partes y la posibilidad de realizar ofertas libremente y de aceptarlas, también, de manera voluntaria, sin perjuicio de la necesaria coordinación que supone la gestión de tal mercado. La centralización, por tanto, debe partir de la "casación" de las ofertas libremente formuladas, sin que ello suponga ni la sustitución de la voluntad privada por la voluntad pública, ni la requisa de la electricidad producida.

La *requisa* de toda la electricidad producida —que además de afectar la libertad de empresa, afecta el derecho de propiedad de las empresas de generación sobre la electricidad producida— no está consagrada de manera clara en la Ley. Por tanto, ante esa duda, *debe favorecerse el principio de libertad de empresa y de libre competencia*. Este principio

<sup>93</sup> CRUZ FERRER, JUAN DE LA, *La liberalización...*, ob. cit., 317

<sup>94</sup> Véanse los comentarios de la doctrina sobre el modelo español —hoy derogado— que partía de los principios recogidos parcialmente en la LSE, en ARIÑO ORTIZ, GASPAR y LÓPEZ DE CASTRO, LUCÍA, *El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia*, ob. cit., página 370. BENINGO BLANCO sostiene similar conclusión en "Sistema Integrado y Sistema Independiente. Perspectiva Jurídica", *IV Jornadas jurídicas de las empresas integradas*, UNESA, Barcelona, 1995.

*-pro libertatis-* modifica la interpretación inicial antes dada, y nos permite plantear, como solución alterna, que las funciones del Operador del Mercado deben reducirse a la simple gestión o intermediación, permitiendo que el Mercado Mayorista actúe, efectivamente, conforme el principio de libre competencia<sup>95</sup>. Libre competencia que, acotamos, no supone la ausencia de regulación: esta puede presentarse, si, pero siempre conforme a las orientaciones que rigen la *neo-regulación*<sup>96</sup>.

## B. Tipos de neo-regulación en el sector eléctrico venezolano

### a. La neo regulación para implementar la competencia

La LSE contiene mecanismos de *neo-regulación* cuya intención es la introducción y afianzamiento de la libre competencia, y que justifican la intervención de la Administración económica en el sector eléctrico. Tales mecanismos son los siguientes:

#### 1. Acceso de terceros a la red.

Algunas de las actividades prestacionales de interés general están asociadas a una red, esto es, que su explotación requiere, necesariamente, el empleo de una red o infraestructura, lo que *tiende* a la configuración de monopolios naturales. Esas infraestructuras se presentan, así, como barreras naturales que restringen o dificultan la libre competencia. El sector eléctrico, precisamente, está conformado por actividades cuyo ejercicio se vincula a una red, a saber, la red de transmisión eléctrica.

Varias soluciones se arbitran para solventar esa barrera, una de las cuales es el principio de *libre acceso de terceros a la red*, esto es, que

<sup>95</sup> Según el artículo 78, corresponderá a la Administración determinar los principios, metodología y modelos que regirán la formación de precios de transacción en el Mercado Mayorista de Electricidad. Tal regulación, en nuestra opinión, debe partir de los principios antes expuestos, a saber, la libertad de empresa y la libre competencia. Hasta la presente fecha, aún no se ha dictado el reglamento de funcionamiento del Mercado Mayorista, por lo que no podemos precisar cuál es la interpretación de la LSE que ha prevalecido.

<sup>96</sup> Muestra de esa regulación, en España, es el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, de mercado de producción de energía eléctrica. La regulación es indispensable para asegurar la efectiva introducción de la libre competencia. En este sentido, y en cuanto a las peculiaridades del funcionamiento del mercado eléctrico en régimen de libre competencia, vid. MARIN, PEDRO, "Liberalización y competencia en el sector eléctrico", en *Economistas número 80 extraordinario*, Madrid, 1999, páginas 62-71.

los operadores no propietarios de redes de transmisión eléctrica podrán acceder libremente a esa red, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. Por tanto, al propietario de la red se le impone una limitación legal a su derecho de propiedad, específicamente en lo que respecta al atributo del *uso exclusivo*: en virtud del principio que aquí se analiza, el propietario de la red de transmisión no tendrá el derecho a usar exclusivamente ese bien. Antes por el contrario, deberá permitir que otros operadores puedan utilizar esa infraestructura<sup>97</sup>. Tal principio está consagrado en el artículo 7, el cual es claro al disponer que sólo razones técnicas podrán impedir tal acceso. No es extraño, por tanto, que la doctrina –SÁNCHEZ-BUSTAMANTE– haya afirmado que este principio es el “pilar” que permite llevar a cabo la liberalización; sin ese principio, la gestión de la red reconduciría a un monopolio, impidiendo la implantación de la libre competencia<sup>98</sup>.

### 2. Gestión independiente de la red.

Otro de los mecanismos consagrados en la LSE para atenuar los efectos nocivos sobre la libre competencia y que derivan de la red de transmisión o transporte de electricidad, es su gestión independiente, que garantiza que no se realizarán tratos discriminatorios y anticompetitivos. Así, de conformidad con el artículo 28, la actividad de transmisión de electricidad deberá realizarse conforme al principio de *independencia respecto a la acción de los agentes del Servicio Eléctrico Nacional, autonomía en cuanto a su operación y administración, y no intermediación en las transacciones de mercado*. Se garantiza, por tanto, la autonomía de las empresas de transmisión, evitando así la realización de acuerdos con los otros agentes del sector que podrían restringir la libre competencia.

### 3. Construcción y conexión de redes.

Uno de los instrumentos empleados para solventar los obstáculos derivados de las infraestructuras de red, a los cuales hemos hecho

<sup>97</sup> Esa carga a la propiedad ha sido estudiada de manera general por GASPAR ARIÑO ORTIZ, específicamente, al tratar la ruptura del concepto tradicional del derecho de propiedad en el “nuevo” servicio público. Cfr.: “Significado actual de la noción del servicio público”, en *El nuevo servicio público*, ob. cit., página 31.

<sup>98</sup> SÁNCHEZ-BUSTAMANTE, ALEJANDRO, “El derecho de terceros a las redes eléctricas”, en *Regulación sectorial y competencia*, ob. cit., página 138.

referencia, es el derecho de los operadores del sector eléctrico a construir redes de transmisión. Tal principio está contenido en el artículo 31, el cual consagra la expansión del Sistema de Transmisión mediante la *construcción de nuevas redes*. Según esa norma:

“... la expansión del Sistema de Transmisión se realizará de acuerdo con el Plan de Desarrollo del Servicio Eléctrico Nacional y *estará abierta a todos los inversionistas...*” (destacado nuestro).

La construcción de nuevas redes y la expansión de ese Sistema supone la constitución de servidumbres y eventualmente, la expropiación de determinados bienes, para lo cual los operadores deberán seguir el procedimiento pautado en los artículos 54 y siguientes de la LSE.

Nos interesa destacar especialmente que la construcción de redes de transmisión, conforme al artículo 31, *estará abierta a todos los inversionistas*: se trata entonces de actividades *privadas*, lo que abona a favor de la tesis defendida por nosotros, esto es, que la *actividad de transmisión* –que abarca la construcción y/u operación de redes– es una actividad privada *abierta a la inversión*. No hay, por tanto, reserva alguna sobre esa actividad.

Además, el artículo 30 establece el derecho de los generadores, distribuidores y “grandes usuarios” a conectarse directa o indirectamente a la red de transmisión, con lo cual se atenúan los efectos anticompetitivos derivados del control sobre esa red. Este derecho –interconexión– si bien similar al principio de libre acceso de terceros, tiene una importante diferencia: la interconexión es un derecho de los operadores propietarios de redes que necesitan conectarse a la red de transmisión; el libre acceso de terceros, por el contrario, es un derecho de operadores que no son propietarios de redes y que por ello requieren usar las redes de otros agentes del sistema eléctrico.

#### 4. Separación de actividades.

La introducción de la competencia en el sector eléctrico requiere no sólo la superación de los obstáculos derivados de las redes de infraestructura, sino que, además, impone la eliminación de integraciones verti-

cales. Suele ocurrir así que las actividades que integran el sector eléctrico son prestadas por una sola empresa<sup>99</sup>.

El principio estaba recogido en la Directiva 96/92/CE, la cual consagraba la *separación contable*. Conviene destacar que el Derecho español excedió, con mucho, al Derecho comunitario, pues la carga que consagró es la obligación de las sociedades mercantiles que desarrollan alguna o algunas de las actividades reguladas (gestión económica y técnica del sistema, el transporte y la distribución) de tener como objeto social *exclusivo* la explotación de éstas actividades, sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción o de comercialización (cfr.: artículo 14 de la Ley 54/1997).

Dicho principio está consagrado en el artículo 6 de la LSE, cuyo tenor es el que sigue:

“... el ejercicio de dos o más de las siguientes actividades: generación, transmisión, gestión del Sistema Eléctrico Nacional y distribución, no podrá ser desarrollado por una misma empresa. La actividad de comercialización podrá ser desarrollada por distribuidores con sus usuarios con tarifa regulada, por generadores o por empresas especializadas en la comercialización de potencia y energía eléctrica...”.

Según el artículo 108, las empresas deberán efectuar tal separación dentro de un lapso no mayor a dos años desde la entrada en vigencia de la Ley. Cabe destacar que la integración vertical es nota característica de la mayoría de las empresas *públicas* que operan en el sector eléctrico y de allí, precisamente, el impacto favorable que tendrá la separación regulada en la LSE. A través de ésta se impedirá que las *barreras* de la libre competencia presentes en determinadas actividades –por ejemplo, en la transmisión- se traspasen a actividades plenamente competitivas.

<sup>99</sup>

Como destaca CRUZ FERRER, la introducción de competencia en el mercado mayorista tiene como obstáculo que en las industrias eléctricas verticalmente integradas “... la propiedad de las redes de transporte y de distribución ha permitido a las compañías decidir qué centrales de generación entran en cada momento en funcionamiento e impedir la entrada de competidores para suministrar a los consumidores a los que sólo se puede acceder a través de sus redes. Frente a este problema, la solución del principio de la nueva regulación ha consistido en separar las actividades de transporte y distribución de las actividades de generación y de comercialización...” (ob. cit., página 366). Tal separación puede ser contable, de gestión, jurídica o de propiedad.

*b. La neo regulación como técnica de limitación: las obligaciones de servicio público*

La intervención que ha de desplegar la Administración económica, según los principios antes enunciados, se dirige a fomentar la libre competencia. Sin embargo, si bien se despliega en protección de la competencia y de la libertad de empresa, es lo cierto que se desdobra, también, como limitación a otros operadores. Así sucede, por ejemplo, con el acceso de terceros a la red: dirigido a fomentar e implementar la libre competencia, se desdobra además como carga al propietario de la red de transmisión.

Hay, sin embargo, una actuación que se dirige directamente a imponer cargas y limitaciones a los operadores del sector eléctrico, con la finalidad de garantizar el suministro de electricidad. Para cumplir ese cometido, la Administración impone la *obligación* de los operadores de prestar específicos servicios, a los fines de garantizar ese suministro. De esa manera, la neo-regulación, que fomenta la libre competencia y la iniciativa privada, se integra con una neo-regulación dirigida a garantizar el suministro eléctrico: existe pues, compatibilidad entre el modelo competitivo y la garantía de suministro<sup>100</sup>. Ello se logra a través de las denominadas *obligaciones de servicio público*, presentes en la LSE.

Ya la Directiva 96/92CE hacía alusión a la figura de las obligaciones de servicio público: los Estados miembros, en sujeción al artículo 90 antes comentado, podrán exigir a las empresas del sector la satisfacción de obligaciones de servicio público que se refieran a la seguridad de suministro, garantía de abastecimiento, calidad y precios, y a la protección del medio ambiente, tal y como destacan ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO<sup>101</sup>.

La libre competencia, como habíamos indicado antes, puede ser afectada legítimamente por el Estado; su extensión no es posible en todos los ámbitos de la economía. Precisamente, uno de los aspectos en los que se atenúa significativamente la libre competencia es en la obligación de

<sup>100</sup> Cfr.: ARIÑO ORTIZ, GASPAR, y LÓPEZ DE CASTRO, LUCIA, *El Sistema Eléctrico Español. Regulación y Competencia*, ob. cit., página 512.

<sup>101</sup> *Principios...*, ob. cit., página 613.

servicio público que la Administración económica puede imponer a los operadores para garantizar que el suministro eléctrico<sup>102</sup>. De esa manera, las obligaciones de servicio público, en el marco de la LSE, pueden ser definidas como las cargas impuestas unilateralmente por la Administración económica a los agentes del sector eléctrico, para desarrollar determinadas prestaciones dirigidas a garantizar el suministro eléctrico, según los parámetros de calidad por ella determinados, y que pueden presentarse en la generación, transmisión, distribución y comercialización. Tal carga se impone, normalmente, en el título que expide la Administración para habilitar el ejercicio de actividades eléctricas.

El fundamento legal de esas obligaciones lo ubicamos en el artículo 2 de la LSE, según el cual *el Estado velará* porque todas las actividades que constituyen el servicio eléctrico se realicen bajo los principios de eficiencia, calidad, equidad, entre otros, *a los fines de garantizar un suministro de electricidad* al menor costo posible y con la calidad requerida por los usuarios. Con mayor claridad, establecen los numerales 1 y 2 del artículo 36, que las empresas de distribución *deberán prestar el servicio* a todos los que lo requieran, de manera *continua, eficiente, no discriminatoria y dentro de los parámetros de calidad y atención a los usuarios*<sup>103</sup>. Puede entonces la Administración –la Comisión Nacional de Energía Eléctrica- *limitar* el ejercicio de la libertad económica para garantizar el suministro eléctrico. Estas obligaciones de servicio público tienen como fundamento constitucional el artículo 82: en efecto, el suministro eléctrico es uno de aquellos *servicios básicos esenciales* que el Estado –junto con la iniciativa privada- debe garantizar. El principio de *solidaridad* se ha manifestado en la LSE con la obligación del Estado de garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones, y con el deber del sector privado de prestarlas directamente.

Técnica de limitación que, sin embargo, debe desarrollarse en estricto apego a la libre competencia y también, en apego al principio de

<sup>102</sup> En cuanto a la figura de las *obligaciones de servicio público*, vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, JOSÉ LUIS, “La regulación económica en España”, en *El nuevo servicio público*, ob. cit., páginas 247-249, también en “Nuevo sistema conceptual”, *Privatización y Liberalización de Servicios*, ob. cit., páginas 149-151.

<sup>103</sup> Incluso, el numeral 7 del artículo 34 otorga poderes amplios a la Administración económica, a los fines de garantizar el suministro eléctrico en caso de “restricciones y emergencias” en el Sistema Eléctrico Nacional.

*menor intervención y afectación a la libertad económica.* Sí es posible entonces —como se ha demostrado ampliamente en el Derecho Comunitario Europeo— asegurar la prestación continua, regular y universal del suministro eléctrico, imponiendo técnicas de intervención pública, todo ello en armonía con los principios de libertad de empresa y libre competencia. Conceptos aparentemente contradictorios (intervención administrativa y servicio público, por un lado, y libre competencia y libertad económica, por el otro) aparecen ahora completamente armonizados. La liberalización del sector eléctrico —siguiendo a TOMAS DE LA QUADRA SALCEDO— no pretende el abandono de las necesidades de interés general, sino la conciliación de esas necesidades con la iniciativa privada y con la libre competencia<sup>104</sup>.

#### IV. EL ALCANCE PRÁCTICO DE LA NUEVA ORDENACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO.

La liberalización operada en la LSE es relativa. La adopción de algunos de los principios contenidos en el Decreto 1.558 —especialmente en lo que atañe al Mercado Mayorista— supone el intenso control administrativo sobre las actividades del servicio eléctrico, a lo cual debemos agregar la intervención de la Administración económica necesaria para la defensa de la libre competencia y para la garantía del suministro eléctrico. La electricidad aparece entonces como una actividad sometida a un intenso control por parte del Estado. Sin embargo, la *fuerza expansiva* de la libertad económica y el carácter vinculante de la libre competencia, como principio constitucional, deben atenuar y moldear esa intervención intensa sobre el sector. La interpretación de la Ley debe estar orientada así conforme al principio *pro libertatis*.

Liberalización que, acotamos, no supone necesariamente la existencia de una *competencia efectiva* en el sector eléctrico. Así ha ocurrido en España, país en el que, pese los novedosos mecanismos de la Ley 54/1997, la libre competencia aún no ha sido implantada de manera definiti-

104

*Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución Económica Europea, Liberalización de las Telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, páginas 159-173.

105

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN, "Tres postulados para el nuevo servicio público", en *El nuevo...*, ob. cit., páginas 121-125.

106

*La liberalización...*, ob. cit., página 371.

va. En efecto, la liberalización del sector eléctrico requiere que, *materialmente*, exista competencia, para lo cual es indispensable la existencia de varios operadores, tal y como señala MARTÍN MATEO. Se ha sostenido—DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ— que la liberalización de servicios público abarca dos fases: la primera, dirigida a la implementación de la libre competencia, corrigiendo la regulación tradicional que promovía el monopolio; la segunda —mucho más complicada— es la creación de nuevas normas jurídicas adaptadas a la libre competencia<sup>105</sup>. El primer paso requiere, necesariamente, *la existencia de varios operadores*: no puede existir libre competencia si no hay concurrencia. Ya no se trata de “desmontar” un monopolio, o de abolir barreras que restringen la libre competencia; lo que se exige, en esta fase material de la liberalización, es que efectivamente existan varios operadores. Tema que, en el caso del sector eléctrico, ha llamado la atención de la doctrina. CRUZ FERRER señala que el sector eléctrico español presenta una concentración horizontal en la actividad de generación, que puede plantear problemas para “... el desarrollo de la competencia y para la formación competitiva de los precios...”<sup>106</sup>. Hay entonces una estructura empresarial inadecuada, que requiere la implementación de medidas que tiendan, como señalan ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO, a la defensa de la competencia<sup>107</sup>. MUÑOZ MACHADO, por su parte, estima que esa estructura empresarial produce un desequilibrado reparto de las instalaciones que utilizan las diferentes fuentes de producción de energía<sup>108</sup>, ante lo cual propone dos soluciones: la separación vertical de actividades, a la cual hemos hecho referencia antes, y la privatización de las empresas públicas eléctricas, para facilitar la mayor desagregación de las empresas<sup>109</sup>.

Por tanto, determinar cuál es el alcance práctico de la nueva ordenación del sector eléctrico, supone realizar algunas breves considera-

107 *Principios...*, ob. cit., página 633. Tales medidas, en opinión de CRUZ FERRER, son las siguientes: “... facilitar la libre elección efectiva por los consumidores y el desarrollo de las compañías comercializadores; permitir la entrada de nuevos competidores y la entrada en funcionamiento de centrales más competitivas, y finalmente confiar en las propuestas de la Comisión Nacional de la Energía, en el ejercicio de sus competencias atribuidas por la Ley del Sector Eléctrico...” (*Liberalización...*, ob. cit., páginas 373-374).

108 En especial, subraya que la energía hidráulica es más barata, por lo que las empresas que producen electricidad a través de esa fuente se encuentran en posición privilegiada. En este mismo sentido, vid. PÉREZ REY, LUIS, “Algunas reflexiones sobre los cambios regulatorios en el sector eléctrico español”, en *Economistas número 74*, Madrid, 1997, página 65.

109 *Servicio público...*, Tomo IV, ob. cit., páginas 148-160.

ciones sobre la situación actual de ese sector. Para ello, nos referiremos a dos aspectos.

El *primer* aspecto que debemos resaltar es la importante presencia del Estado venezolano en las empresas del sector eléctrico: en la actualidad, las empresas públicas que intervienen en el mercado eléctrico son, cuando menos, iguales en número que las empresas privadas. El Estado es, entonces, regulador y empresario del sector cuya liberalización pretende la LSE. La reducción del Estado como empresario supone la *privatización de empresas públicas*, proceso comúnmente asociado a la liberalización de sectores estratégicos. Mas sin embargo la *privatización* no puede ser absoluta: hay, a no dudarlo, empresas públicas eléctricas *estratégicas*, respecto a las cuales la LSE ha eliminado cualquier posibilidad de traspaso al sector privado<sup>110</sup>. En todo caso, la *privatización* de empresas públicas eléctricas, cuya presencia no se justifique o no sea exigida por la Ley, es un paso necesario para afianzar la iniciativa privada en el sector eléctrico<sup>111</sup>, que es uno de los objetivos principales de la LSE.

Impulso de la iniciativa privada que –según lo referido en la Exposición de Motivos de la LSE– es la solución *alternativa* frente a la inversión pública. Mas esa actividad privada está sometida, repetimos una vez más, a los controles previstos en la LSE dirigidos a garantizar el suministro eléctrico: liberalización, iniciativa privada y libre competencia no son términos que *excluyen* la presencia necesaria del Estado.

La *segunda* característica del sector eléctrico es la *concentración horizontal* existente en el sector, que se traduce en la inexistencia de una concurrencia amplia de operadores. La situación es particularmente

<sup>110</sup> Nos referimos al párrafo único del artículo 3 de la LSE, por medio del cual el Estado se reserva el uso de las cuencas de los ríos Caroní, Paragua y Caura, a los fines de la generación hidroeléctrica. Precisamente, la empresa pública C.V.G. Electrificación del Caroní (EDELCA) –indudablemente, una empresa cuya posición estratégica justifica la presencia del Estado venezolano– se dedica a la explotación hidroeléctrica. Y es que, como resalta la exposición de motivos de la Ley, las instalaciones hidroeléctricas del bajo Caroní representan el *setenta por ciento* (70%) de la oferta nacional de electricidad.

<sup>111</sup> En septiembre de 1998 se privatizó el *Sistema Eléctrico del Estado Nueva Esparta, C.A. (SENECA)*, *holding* que agrupaba a las empresas eléctricas locales de la mencionada entidad federal. En el mencionado *Programa Económico de Transición*, elaborado por el Gobierno en 1999, expresamente se prevé la entrada de capital privado en las empresas públicas ENELVEN-ENELCO, ENELBAR y del *Sistema Eléctrico de los Estados Monagas y Delta Amacuro (SEMDA)*, manteniéndose presencia del Estado en la empresa pública EDELCA.

afianzada en la actividad de *generación*, en la cual, además, la mayoría de las empresas que concurren son públicas. La solución aparente – introducción de nuevos operadores privados- no es sin embargo tan sencilla. Más del setenta y cinco por ciento (75%) de la electricidad que se produce en Venezuela es hidroeléctrica y es generada sólo por empresas públicas; el setenta por ciento (70%) de la oferta nacional de electricidad proviene de las instalaciones hidroeléctricas del bajo Caroní, cuyo uso, recordemos, está reservado al Estado. A ello debemos agregar que los costes de producción de la energía hidroeléctrica suelen ser menores que los costes de producción de la energía termoeléctrica, a pesar de lo cual la electricidad producida por esas dos fuentes debe comercializarse en igualdad de condiciones<sup>112</sup>. Pareciera entonces que la actividad de *generación* carece en la actualidad de atractivo para sector privado, lo que reduce el ámbito de vigencia de la *libre competencia*, principio rector de esa actividad según el artículo 24. Esta actividad representará mayor *interés* cuanto la oferta de electricidad se diversifique, atendiendo –además del consumo interno- a la posibilidad de generar electricidad para efectuar *intercambios internacionales*<sup>113</sup>.

Otro aspecto que debe destacarse –en cuanto a las concentraciones *horizontales*- es la intención de crear una *única* empresa de transmisión –la *Empresa Nacional de Transmisión (ENT)*- según la intención reflejada en el Programa Económico de Transición, al cual nos hemos referido antes. La *concentración* de los activos de transmisión en una empresa pública no es solución impuesta o derivada de la LSE, pues los principios de *unidad y coherencia* pueden satisfacerse perfectamente a través de la coordinación ejercida por el CNGSE. Por ello, la creación de la EMT debe tener en cuenta los posibles efectos anticompetitivos que podrían producirse, al estarse creado una empresa sobre la base de una concentración económica. Recuérdese que esa concentración, cuando genera efectos anticompetitivos, se encuentra prohibida por la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia<sup>114</sup>. Un ejem-

<sup>112</sup> Véase el contenido de la nota número 108.

<sup>113</sup> El artículo 8 de la LSE prevé así que los intercambios internacionales de electricidad en alta tensión estarán sujetos a la opinión favorable del Ministro de Energía y Minas. Conviene destacar que en la actualidad el Gobierno venezolano culmina la construcción de una red de transmisión que permitirá la interconexión con Brasil, fomentándose con ello los intercambios internacionales en el sector.

<sup>114</sup> Cfr.: artículo 11 de la Ley.

plo de los efectos negativos que pueden derivar de la concentración de las actividades de transmisión lo constituye el caso español.

Partiendo de la importancia de la red de alta tensión como instrumento indispensable para el transporte de electricidad en el territorio español, y además, para auspiciar “la explotación unificada del sistema eléctrico nacional” permitiendo así “el abastecimiento de las necesidades de energía eléctrica con unos costes variables mínimos”, se procedió a la “*nacionalización*” de la red de alta tensión, a través de la Ley 49/1984, de 29 de diciembre, sobre Explotación Unificada del Sistema Eléctrico Nacional. Aunque, en estricto sentido, lo que realmente se nacionalizó fue la *explotación* de esa red, tal y como se desprende del artículo 1 de la Ley 49/1984, conforme el cual “... la explotación unificada del sistema eléctrico nacional a través de las redes de alta tensión es un servicio público de titularidad estatal...”. Esa *publicatio* versaba no sólo sobre la titularidad de la actividad, sino también sobre su gestión, pues como estableció ese artículo, tal servicio se gestionaría “mediante una Sociedad estatal”<sup>115</sup>.

Como bien destacó la doctrina –PASTOR RIDRUEJO, CRUZ FERRER– la reserva sobre la explotación de la red de alta tensión implicaba un control público sobre los medios de producción y distribución del sector y, por tanto, una “... nacionalización encubierta del sector eléctrico: para su dirección no era necesaria la expropiación de los bienes, bastaba con expropiar las redes de transporte y sobre todo el despacho central...”<sup>116</sup>. En las actividades con tecnología de red –como la electricidad– el control de la red, como infraestructura indispensable para la explotación de esas actividades, *implica un control sobre todo el sector*. De allí que el efecto práctico, como subrayan ARIÑO ORTIZ y LÓPEZ DE CASTRO, es que toda la energía del sistema era puesta a disposición de la empresa de gestión (REDESA), publicándose la gestión<sup>117</sup>. Ello dio lugar a la creación de una empresa pública –*Red Eléctrica de España (REE)*– que sería (según los términos del Real Decreto 91/1985, de 23 de enero) propietaria de la red de alta tensión, ostentando con ello una clara posición *monopólica*.

<sup>115</sup> El sector público no podía tener menos del cincuenta por ciento (50%) del capital de esa empresa.

<sup>116</sup> *La liberalización...*, ob. cit., página 308.

<sup>117</sup> *El sistema eléctrico español...*, ob. cit., página 163.

La Ley 54/1997 *eliminó* la reserva sobre la red de alta tensión, disponiendo, a los fines de garantizar la vigencia de la libre competencia, que REE actuaría como *operador del sistema*, con funciones muy parecidas a las del CNGSE<sup>118</sup>. Nótese entonces que en España, la creación de una *única empresa de transmisión* fue la consecuencia de la sanción de un monopolio legal y de allí, precisamente, que la empresa pública de transmisión actuase en un monopolio cuya eliminación era un presupuesto de la introducción de la libre competencia.

La creación de la ENT en Venezuela respondería a un procedimiento contrario: existiendo competencia en el sector, ésta sería *alterada* con la concentración de todos los activos en la ENT, la cual pudiera llegar a ejercer una posición dominante y anticompetitiva. De una situación de competencia se pasaría a una situación de concentración, sin que esa operación tenga cobertura clara en la Ley. Además, la existencia de la ENT dificultaría la introducción de operadores privados en la transmisión, en contra de los objetivos de la LSE.

En virtud de lo anterior, y en atención a la estructura empresarial actual del sector eléctrico venezolano, la introducción de nuevos operadores (dejando a salvo las eventuales privatizaciones) pareciera sólo factible en la actividad de comercialización, que como hemos visto, queda marginada en la nueva Ley: la implantación de la libre competencia depende entonces de la sustitución progresiva de la distribución por la comercialización, tarea fundamental que debe ser emprendida por la Administración económica. La estructura empresarial actual del sector restringe, entonces, el efecto práctico de la liberalización y de la libre competencia, lo cual se agravaría ante la posible creación de la ENT.

La vigencia *efectiva* de la libre competencia —o lo que es lo mismo, la existencia de una *competencia efectiva*, en los términos del artículo 16 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia— se ve afectada en el sector eléctrico, además, por otras tres circunstancias: en *primer lugar*, la declaración genérica de toda la actividad como *servicio público* (cuya errada interpretación puede dar lugar a consecuencias contrarias a la liberalización); en *segundo lugar*, la exigen-

<sup>118</sup> Según la disposición transitoria novena de la Ley 54/1997, REE actuará como operador del sistema, lo cual supuso la transmisión de acciones al resto de las empresas del sector, a fin de garantizar su autonomía.

cia de *concesión* sin previa reserva expresa de la actividad (que permitiría asimismo conclusiones adversas a la liberalización) y, por último, y en *tercer lugar*, la confusa regulación del *Mercado Mayorista* y del derecho de propiedad sobre la electricidad generada. Principios contradictorios que deben ser resueltos a favor de la *libertad económica, libre competencia y protección del suministro eléctrico*.

La puesta en práctica de la LSE supone solventar otros problemas que no derivan de la estructura empresarial del sector eléctrico venezolano ni de la interpretación literal de la Ley, pero que sí se vinculan, directamente, con la introducción de la libre competencia. La indemnización de los *costes de transición* son, a no dudarlo, uno de los aspectos relevantes en toda liberalización de servicios públicos. Tales costes – denominados también *standed cost*, relacionados con los costes varados– son consecuencia de la responsabilidad patrimonial del Estado por la sanción de una Ley –en este caso, la LSE– destinada a introducir competencia en sectores altamente regulados. Tal responsabilidad, derivada de un *sacrificio particular*, se generaría por la transición de un régimen tarifario regulado, con ganancias y retorno de inversiones garantizados, a un régimen de libre competencia, en el que ni las ganancias ni el retorno de las inversiones está garantizado. La base de esta especial modalidad de responsabilidad es la violación al derecho a la *confianza legítima*, pues se parte del supuesto según el cual los operadores del servicio eléctrico tenían derecho a esperar, legítimamente, que el sistema tarifario se mantendría vigente, por lo que surgiría el derecho a la recuperación de las inversiones prudentemente incurridas. Sin embargo, la aplicabilidad concreta de esa responsabilidad patrimonial supone verificar el cumplimiento de muy diversos y complejos requisitos, análisis que debe partir además, del alcance más bien limitado de la “expansión” de la libre competencia –y de la liberalización– en la LSE<sup>119</sup>.

En todo caso, y en lo que atañe a los problemas de interpretación que derivan de la nueva Ley, el desarrollado reglamentario de la LSE –

119

Sobre esta modalidad de responsabilidad, véase el exhaustivo trabajo de ARNO EORTIZ, GASPAR y VELASCO, FRANCISCO, “Los costes de transición a la competencia: perspectivas jurídicas”, en *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, ob. cit., páginas 149-192. Asimismo, véase el tratamiento del tema en MARTÍNEZ, LUIS (coordinador), *La responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos, III Coloquio hispano-luso de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997 y JIMÉNEZ, JAVIER, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

que aún no ha sido puesto en práctica- determinará, en definitiva, cual interpretación ha de imperar: la interpretación *literal*, que atenúa los efectos liberalizadores, o la interpretación de la *Ley conforme* al principio constitucional de libertad económica, que impulsará la liberalización. Conviene insistir en que la LSE no contiene *reserva* expresa sobre las actividades del sector eléctrico, por lo que forzosamente ha de concluirse -al margen de las imprecisiones terminológicas en que incurre la Ley- que el *título que legitima la realización de actividades eléctricas es el derecho constitucional a la libertad económica*<sup>120</sup>. Por tanto, según la Constitución, es la segunda interpretación la que debería imponerse.

120

Téngase en cuenta además, que en Venezuela la tradición ha sido que la reserva siempre se declara expresamente en las respectivas Leyes. Así, en cuanto a la *reserva de actividades económicas*, es ilustrativo el contenido del artículo 1 de la *Ley que reserva al Estado la Industria del Gas Natural* (Gaceta Oficial número 29.594 de 26 de agosto de 1971); el artículo 1 de la *Ley que Reserva al Estado la Explotación de los Productos derivados de Hidrocarburos* (Gaceta Oficial número 1.591 extraordinario de 22 de junio de 1973); el artículo 1 del Decreto-Ley número 580, de *reserva al Estado de la Industria de la Explotación del Mineral del Hierro* (Gaceta Oficial número 30.557 de 16 de diciembre de 1974), y el artículo 1 de la *Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos* (Gaceta Oficial número 1.769 extraordinaria de 29 de agosto de 1975). La misma técnica legislativa ha sido empleada en la *reserva de servicios esenciales*. Así, véase el artículo 1 de la *Ley de Telecomunicaciones* (Gaceta Oficial número 20.248 de 1 de agosto de 1940), que si bien no emplea el término *reserva*, es claro al disponer que el establecimiento y explotación de actividades de telecomunicaciones corresponde exclusivamente al Estado, y los artículos 1 del Decreto-Ley número 474 de *Correos* (Gaceta Oficial número 25.841 de 18 de diciembre de 1958) y 1 de la *Ley de creación del Instituto Postal Telegráfico* (Gaceta Oficial número 2.146 extraordinario de 28 de enero de 1978), conforme a los cuales tal servicio de "carácter público" es prestado "exclusivamente" por el Estado. Nótese que la expresión de la *Ley de Correos* es bastante vaga, lo cual parece justificado por el año en el que tal Ley fue dictada (1958). En todo caso, *ninguna de estas expresiones aparece en la LSE*, por lo que no puede afirmarse, insistimos, en la existencia de alguna reserva, sobre la base de la exigencia de una previa concesión.

CARLOS GARCÍA SOTO

## EL PROBLEMA INSTITUCIONAL

Por: Carlos García Soto

Estudiante de 2° año de Derecho en la  
Universidad Monteávila.

### Prolegómenos

El hombre, por ser un ser social por naturaleza, tiende a asociarse a otros para la obtención de un fin. No es que el hombre, generalmente, vea peldaños en las demás personas para lograr sus objetivos; el hombre no es un animal que busca subsistir a costa de los demás. En la asociación puede haber, es cierto, una búsqueda de la colaboración del otro, pero también hay búsqueda, consciente o inconscientemente del bien del otro. “Como ser eficiente el hombre también se siente motivado a vivir con los demás; porque es capaz de comunicar a otros hombres el amor al bien y a la verdad. En esto consiste su **sobreabundancia**. Este es un importante aspecto de la condición humana, que es frecuentemente olvidado y que, por ejemplo, el liberalismo lo omite. Para la concepción liberal el hombre no es más que **deficiente** y necesita de la sociedad para recibir lo que le falta. La teoría liberal del hombre aislado en el origen de la humanidad (Rousseau) está formulada tan sólo como hipótesis. (...) La relación **hombre-sociedad** se realiza en la ambivalencia del hombre como ser **eficiente-deficiente**, y se resuelve, en última instancia, en dos polos, uno de **recepción** y otro de **aporte**; es decir, el hombre **da** a la sociedad y **recibe** de ella”<sup>1</sup>. El hombre, al tener como fundamento inmediato de su sociabilidad a la naturaleza humana – su fundamento mediato lo tiene en Dios-, debe regularla de acuerdo con criterios concretos de amistad, justicia, etc., que le vienen dados por la ley natural. El ser humano “está hecho para vivir en compañía de otros. El hombre guarda respecto a la sociedad una relación trascendental, es decir, que el carácter social del hombre está íntimamente vinculado a su ser esencial y sin sociedad el hombre no sólo carecería de lo necesario para vivir, sino que ni siquiera sería pensable como hombre”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> PÉREZ OLIVARES, Enrique: *Ideología, Política y otros temas*, Fondo Editorial A.L.E.M., Miranda, 1998, pp.12-13.

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ ARJONA, Javier: *El Hombre y la Comunidad Política*, Magisterio de Juan Pablo II, Edición Facsímil, Caracas, 1999, p.161.

Esta asociación entre los hombres está sustentada en necesidades materiales y espirituales. El hombre es un ser sumamente indigente. En la *República*, Platón muestra esta característica del género humano. Él explica que los hombres tienen necesidades que satisfacer, y por ello se unen unos con otros<sup>3</sup>. Estas necesidades van desde la más material como es tener que alimentarse y vestirse, hasta la necesidad de amar a otra persona hasta la donación de uno mismo a ese otro, es decir, el amor esponsal. Santo Tomás de Aquino escribe, en la misma línea de Platón en la *República*, lo siguiente: "A los demás animales la naturaleza les ha provisto suficientemente de alimentos, vestidos y medios de defensa, como los dientes, cuernos y garras, o cuando menos de velocidad para la fuga. El hombre, al contrario, nace sin ninguno de estos medios naturales: en vez de ellos tiene la razón, por la cual, con el auxilio de sus manos, procura procurarse lo necesario. Mas para obtenerlo y conservarlo, no es bastante un hombre solo. Un hombre solo no puede abastecerse suficientemente para la vida. Es, por consiguiente, natural al hombre vivir en sociedad con muchos otros.

Por otra parte, los animales se hallan dotados de un instinto certero y eficaz para discernir lo útil de lo nocivo: la oveja huye naturalmente del lobo; otros animales naturalmente conocen las hierbas que pueden servirles de medicina, así como otras cosas necesarias para su conservación; el hombre no tiene de las cosas necesarias para la vida, sino un conocimiento general: necesita valerse del discurso para los múltiples casos particulares. Tampoco para esto basta un individuo. De ahí la necesidad de que viva en sociedad y de que el uno ayude al otro, dedicándose cada cual, con la ayuda de las luces naturales, a diferentes descubrimientos y artes, quien la medicina, quien a esto, quien aquello, para utilidad común"<sup>4</sup>.

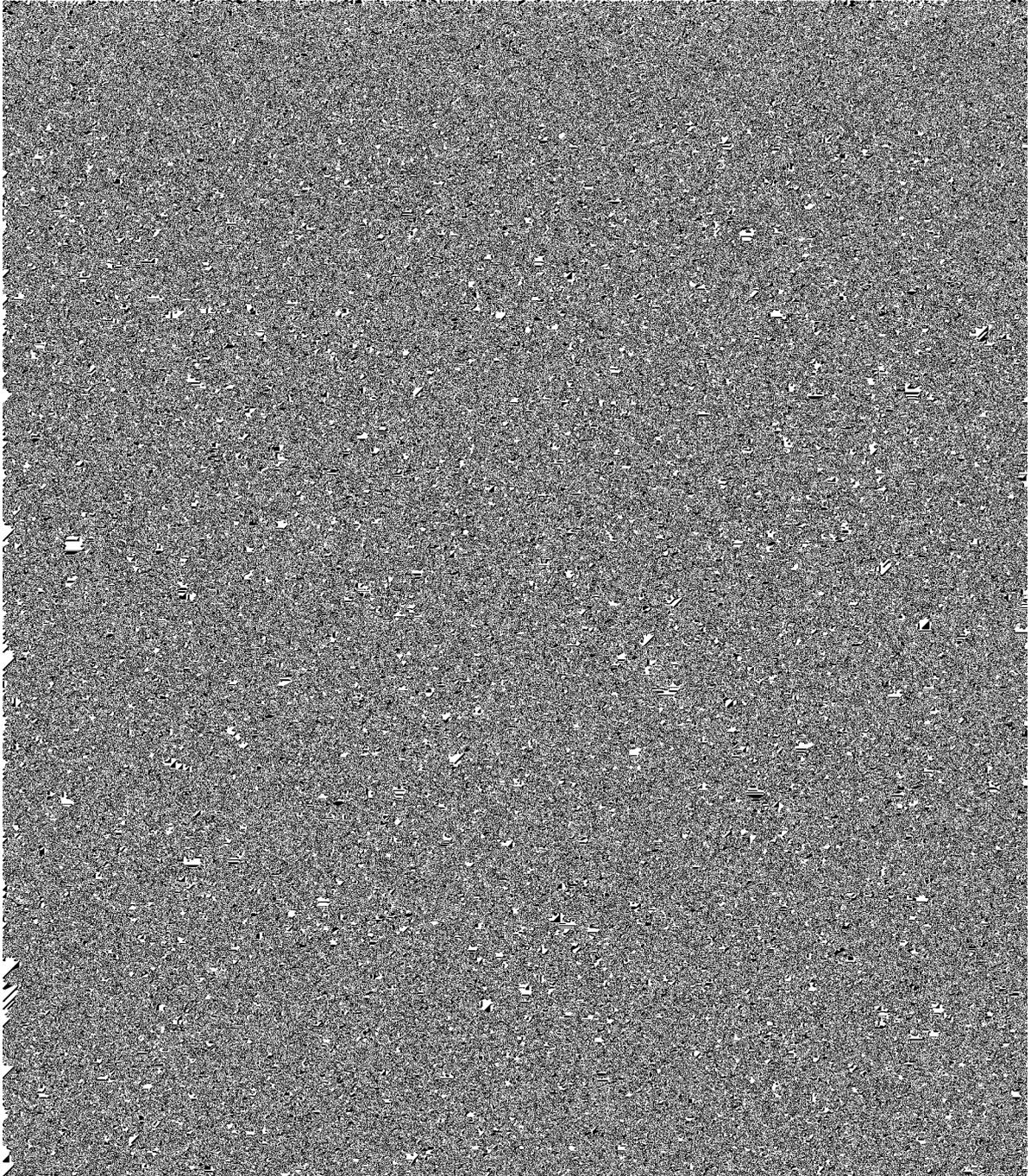
Por último, debemos decir que la vida en sociedad es una oportunidad, o mejor dicho, *la* oportunidad de las mayorías (excluimos, como es lógico, a aquellos que hayan recibido una vocación de alejamiento del mundo) para el ejercicio de la virtud. "Admitimos que el hombre es un ser perfectible; la ética nos hace ver que el perfeccionamiento humano es irrestricto. De acuerdo con ello, el juego social es un juego en el que todos juegan y todos ganan. Esta convicción está en la raíz de la pertenencia a un grupo social. Un ser humano pertenece a un grupo social si y en

<sup>3</sup> Cfr. PLATÓN, *República*, 369 b.

<sup>4</sup> *De Regimine principum*, 2º ed., Marietti, Turín-Roma, 1971; lib. I, cap. 1). Citado por: RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel: *Ética*, EUNSA, Pamplona, 1984, p. 151.

CARLOS GARCÍA SOTO

tanto que ese grupo social se beneficia de él, y al revés. Y esto distributiva y holísticamente: todos los que juegan ganan, y jugar es bueno para todos”<sup>5</sup>. Este “ganar” lo vemos como satisfacción de necesidades



## EL PROBLEMA INSTITUCIONAL

Como ha dicho Hauriou: “una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y permanece jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se establece un poder que le procura órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea se producen manifestaciones de comunión dirigidas por los órganos del poder y reglamentadas mediante procedimientos”<sup>8</sup>.

Toda institución debe estar gobernada. Debe tener una organización jerárquica que le permita un orden en miras a la acción. Por ello, debe tener un fundamento jurídico, que aunque debe ser estructurado después de haber clarificado la “idea de obra a realizar”, va a tener una importancia propia en cuanto a los procedimientos que deba seguir la institución en su accionar. El aspecto jurídico ayuda a concretar en la realidad la “idea de obra a realizar”. Esto supone, a su vez, que los miembros de la institución se comprometan jurídicamente, a través de estatutos, por ejemplo, con el fin que se busca. Pero este compromiso jurídico, no viene dado, exclusivamente, como la ha hecho notar Santi Romano<sup>9</sup>, de la promulgación de las normas que regulan jurídicamente a la institución, sino de la entidad misma que supone el nacimiento de la institución.

En el desarrollo de la institución juega un papel preponderante el carácter que le imprime su fundador o fundadores. A partir de este carácter puede verse influenciada la personalidad de los miembros de la institución. De esta manera, habrá una reciprocidad en la transmisión de caracteres. No sólo influenciará en los miembros de la institución el carácter del fundador o fundadores, sino que la personalidad de los miembros podrá ayudar a configurar la fisonomía del carácter institucional. Esto resulta una muestra patente de que existe un tejido psicológico en la sociedad y, por tanto, en las instituciones que están *insertadas* en ella. Sobre esto de hablará “infra”. Algunas veces, surgen instituciones en las que este carácter fundacional no es tan marcado. Es el caso de, por ejemplo, las instituciones gubernamentales. En tales circunstancias, se debe tratar de orientar la

<sup>8</sup> HAURIOU, Maurice: *Teoría de la Institución y de la Fundación*. Obra Escogida, trad.: Juan Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, p. 266.

<sup>9</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-ARIAS, Lino: *Institución (Derecho)*, en : Gran Enciclopedia Rialp, XII, Ediciones Rialp, Madrid, 1973, p. 800.

acción colectiva según las razones de fundación de la institución y la función que deba cumplir.

De acuerdo al fin buscado, la institución es *diseñada*. Esto comprende la clarificación del fin último, la formación del carácter institucional, la elaboración de una estrategia de acción, la concreción de los medios mediante una táctica, la determinación de los requisitos a exigir a las personas que formarán parte de la institución, el alcance de la acción colectiva.

“La estrategia, concebida como la planificación de una campaña; como la ordenación jerárquica de los fines intermedios, que tienen que lograrse para la consecución del objetivo final; como la que determina las etapas de la lucha y la intensidad que debe darse en cada una de ellas. La táctica, por el contrario, concebida como la planificación de la acción concreta y particular; como la que determina el modo preciso de llevarse a cabo, hasta en sus más mínimos detalles, cada una de las etapas propuestas por la estrategia”<sup>10</sup>.

Hay instituciones de diversos tipos. Algunas son gubernamentales, otras privadas, otras eclesíásticas, entre otras. Algunas de éstas tendrán alcance mundial, otras nacional, otras estatal.

Las características de cada institución dependerán, en última instancia, de las necesidades que procure atender. Esto es fundamental a la hora de pretender una longevidad institucional. Debe existir un concierto entre las características de la institución y los propósitos que tiene planteada. Esta longevidad institucional, a su vez, es fundamental para asegurar la serenidad en el funcionamiento de la sociedad. Las instituciones, necesariamente, deben tener una permanencia, que luego les vendrá reforzada por los formalismos jurídicos. La vocación de permanencia se concreta en la convicción teórica y práctica de querer mantenerse en el tiempo. La convicción teórica viene dada al delimitar y profundizar bien los lineamientos estratégicos de la institución; la convicción práctica, por el adecuado ejercicio de la táctica. Las instituciones, al *insertarse* en la sociedad para satisfacer necesidades de

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ ITURBE, José: *Génesis y Desarrollo de la Ideología Bolivariana, desde la Pre-emancipación hasta Jamaica*, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, 1973, p.63.

Los integrantes de ésta, tienen (o deberían tener) una vocación innata de servicio. Además, las instituciones aseguran la continuidad de la vida social. Como la vida social es una obra exclusivamente humana, y el ser humano es de por sí perecedero, las instituciones aseguran el que pueda confiarse en la continuidad de la dinámica social, aún cuando sus actores vayan desapareciendo. La institución permite que venga otro a ocupar el puesto que ha quedado vacante<sup>11</sup>. Es fundamental que se fomente una memoria institucional, esto es, que las experiencias que se van adquiriendo en las actividades que la institución desempeñe sean tomadas como factor importante en la toma de decisiones y, a la vez, no tomar lo pasado como inútil y deshecharlo, sino que debe tomarse toda esa experiencia institucional a beneficio de inventario, es decir, tomar de ella lo bueno para la solución de nuevas problemáticas. Esto es posible, también, porque las instituciones poseen una personalidad jurídica independiente de la de sus miembros y, como es sabido, la personalidad jurídica de las personas naturales desaparece con la muerte de la persona. Al crearse una personalidad jurídica independiente, la de la persona moral, se asegura la continuidad en la acción institucional. “Como la institución es la *idea directriz* que agrupa la voluntad libre de los individuos, la *participación en libertad* para hacer realidad el ideal de *socializar sin estatizar*, es posible a través de las instituciones, las cuales poseen una personalidad jurídica propia, independiente de la de los individuos que le dan vida”<sup>12</sup>.

### El problema institucional<sup>13</sup>

Las instituciones, como puede verse, juegan un papel nuclear en la sociedad. De la acción que ellas desplieguen depende en mucho el funcionamiento de la sociedad. Un termómetro del comportamiento social es la situación institucional.

<sup>11</sup> Cfr. MESSNER, Johannes: *Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural*, título original: *Das Naturrecht*, Ediciones Rialp, Madrid, 1967, p. 189.

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ ITURBE, José: *Repensar la Política. Notas sobre la Base Ideal-Cultural de un Nuevo Proyecto Nacional Democrático*, El Centauro, editores, Caracas, 1997, p. 278.

<sup>13</sup> Johannes Messner reflexiona sobre seis de las causas del problema institucional. Vemos en sus reflexiones que es la extralimitación en sus funciones por parte de las instituciones la que provoca lo que nosotros llamamos “el problema institucional”. Sin embargo, nosotros nos centraremos más en el fondo de las causas: la conducta humana en la institución. Cfr. *Op. Cit.*: pp. 563-566.

El problema institucional surge cuando hay un desvío en la ejecución de los objetivos fundacionales. Esto sólo puede ser provocado por aquéllos que integren la institución. De modo particular, la conducta observada por aquéllos que dirigen la institución será un termómetro de cómo podrá ir ésta. Es a ellos a quienes corresponde, en primer lugar, el provocar una tendencia hacia el comportamiento ético, de manera que sus subordinados vean esa conducta como imitable.

Hay un desvío en la búsqueda de los objetivos fundacionales institucionales, o bien cuando sus integrantes anteponen el fin colectivo a uno personal (piénsese en corrupción, etc.), o cuando no está claro el fin buscado, bien sea por ignorancia culpable, o por ignorancia provocada por un deterioro anterior en la sociedad o en la institución misma.

El problema institucional no surge de un momento a otro. Es consecuencia de repetidas actuaciones particulares que se desvían del objetivo fundacional. Si bien es imputable necesariamente a sus integrantes, se hace difícil que la entera responsabilidad recaiga sobre sólo uno de ellos.

El problema institucional, como se puede intuir de lo dicho "supra", supone un daño innegable en el funcionamiento de la sociedad. La sociedad deja de contar con aquella institución que se ha desvirtuado. Supone una enfermedad social. La sociedad, al no poder contar con entera confianza en uno de sus miembros institucionales, se ve disminuida en su accionar. "La manifestación más global de la crisis, y, hasta cierto punto, comprensiva de todas sus otras expresiones, es la crisis institucional o la crisis de las instituciones, es decir, la que afecta a las organizaciones fundamentales de nuestra sociedad"<sup>14</sup>.

### **El "principio antropológico" y la solución al problema institucional**

La fundación institucional es un proceso exclusivamente humano. Esto no tiene discusión. La institución es fundada y formada por hombres, aunque luego la institución pueda *formar* a los hombres. Maurice Hauriou plantea, como Platón y tantos otros, que lo social es formado por lo individual, es decir, por los individuos. Sin embargo, sostiene que hay un

<sup>14</sup> BREWER-CARIAS, Allan: *La Crisis de las Instituciones: Responsables y Salidas*, en: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 64, UCV, Caracas, 1985, p. 129.

elemento importante en la fundación institucional que trasciende lo individual. Es la *idea de la obra a realizar*. Ésta es común a los individuos que forman parte de la institución. No obstante, esto no quiere decir que no pueda ser sólo una persona quien funde la institución<sup>15</sup>.

Pero esto puede verse más claro en el libro II de la *República* de Platón. Él, buscando obtener la noción de justicia, crea un Estado imaginario. Al comienzo de su *construcción intelectual*, se da cuenta de que el Estado es el individuo en caracteres gruesos. Por esto, el carácter del Estado es el carácter de los individuos que habitan en él. A esto, Eric Voegelin, en *Nueva Ciencia de la Política* le ha llamado *el principio antropológico*<sup>16</sup>.

Igual principio puede aplicarse para el caso de las instituciones. El carácter institucional viene dado por el carácter de sus integrantes. Por ello, para solucionar las desviaciones del carácter institucional, hay que corregir las desviaciones en el carácter de sus miembros.

Por ejemplo, "(...) la reforma de las instituciones sólo puede hacerse, en un sistema democrático, con el de las propias instituciones, y sus **componentes**, pues, de lo contrario, toda transformación impuesta desde fuera implicaría eliminación de la democracia y su sustitución por la autocracia"<sup>17</sup>. (El resaltado en negrillas es nuestro. CGS).

Hoy es común ver que se pretendan reformas institucionales. Esto hace alusión a una de las causas del deterioro institucional de las que habla Messner. En efecto, al transcurrir el tiempo, puede ocurrir, como en efecto ocurre, que las intenciones fundacionales de la institución no se adapten con las realidades sociales a las cuales desea servir. Es el caso, por ejemplo, de las reformas constitucionales. Con éstas se pretende una reforma del Estado. Se observa que los órganos de gobierno del país y su manera de funcionar ya no responden a las exigencias que la realidad social presenta. Se piensa entonces en reformar la Constitución, o más aún, en sustituirla por una nueva. Pero puede incurrirse en el error de

<sup>15</sup> *Principios de Derecho Público y Constitucional*, trad., estudio preliminar, notas y adiciones por Carlos Ruiz Del Castillo, 2ª Edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, p.519.

<sup>16</sup> Cfr. VOEGELIN, Eric: *Nueva Ciencia de la Política*, Ediciones Rialp, Madrid, 1968, p. 99.

<sup>17</sup> BREWER-CARIAS, Allan: *Op. Cit.*, p. 130.

hacer tan sólo un cambio cosmético a las realidades que se viven, y peor aún, en algunos casos, de hacerlo de una manera violenta. Ante esta posibilidad hay que tener muy en cuenta aquello que planteaba Hauriou, de que el Derecho objetivo, aunque no depende de la voluntad de sujetos particulares como es el caso de los derechos subjetivos, está ligado “ (...) a ideas que persisten de manera subconsciente en los espíritus de un número indeterminado de individuos”<sup>18</sup>. Es decir, las reglas de Derecho objetivo vienen dadas por realidades anteriores a ellas que son conocidas por los ciudadanos. Esto conecta con el planteamiento que hace Eduardo García de Enterría<sup>19</sup>, de que la Constitución (Derecho objetivo) no formula simples principios “programáticos” de ordenación de poderes y protección de derechos fundamentales, sino que es una norma que define la estructura de los poderes y protege los derechos fundamentales, pero a partir de unos supuestos y un contenido que radican en su origen popular; esto es, las normas, cuales sean, responde a realidades sociales que son anteriores a ellas, y son estas realidades el fundamento de toda legislación. En este mismo sentido, Hauriou plantea, mediante una crítica a la tesis de la regla del Derecho de León Duguit, que las instituciones no vienen creadas por reglas de Derecho, porque tendría entonces que admitirse que las instituciones, como consecuencia de tal postura, vienen dadas por el medio social; y es claro que el medio social no funda instituciones, sino que aprueba o rechaza la fundación de éstas por particulares<sup>20</sup>. La función de las reglas de Derecho es la de asegurar y delimitar jurídicamente a las preexistentes realidades institucionales a las cuales son aplicadas. Lo que queremos decir con esto es que toda reforma institucional, tomando como ejemplo la del Estado, debe ir, antes de la reforma legislativa o cualquier otro tipo de reformal procedimental o de estructura, que muchas veces será necesaria, al fondo de las cuestiones, siendo en este caso el núcleo del problema la conducta que observan los miembros de toda institución.

Este ir al fondo de las cosas es encontrarse con el importante tema de la educación. El problema institucional se resolverá educando para la vida institucional. Es cierto que es esta una tarea a mediano, y a veces, a largo plazo. Pero es fundamental comenzar por allí. Esto no

<sup>18</sup> HAURIUO, Maurice: *Teoría de la Institución y de la Fundación.*, cit., p. 260

<sup>19</sup> Cfr. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, pp. 97-98.

<sup>20</sup> Cfr. HAURIUO, Maurice: *Teoría de la Institución y de la Fundación*, cit., pp. 223-224.

implica que no se deban tomar medidas puntuales para resolver problemas de la institución que necesiten de una solución inmediata, pero este no debe ser la única vía. Por una parte, porque es insuficiente; por otra, porque no es permanente ni asegura la continuidad institucional.

Aquí, a nuestro parecer, la Universidad, y el Bachillerato en menor medida, tienen un papel sumamente relevante. Es necesario replantear los programas educativos de ambos niveles. El Bachillerato, y luego con mayor profundidad la Universidad, deben formar personas cultas. Tomando la cultura no como ese lugar común de la "cultura general". La cultura de por sí debe ser general, ese adjetivo calificativo está de más<sup>21</sup>. La Cultura, en definitiva *son los grandes temas humanos*. Filosofía, Teología, Historia, Derecho, entre otros. Las personas cultas sabrán la importancia de observar una conducta ética en el trabajo institucional. Debe formarse al alumnado en miras a promover la sabiduría y la virtud. Así, tendremos que aplicando el principio antropológico, unos ciudadanos sabios y virtuosos, podrán formar y mantener instituciones eficientes y duraderas.

En definitiva, como las instituciones están formadas por hombres, son éstos los responsables del manejo institucional. De la acción de sus integrantes dependerá, para bien o para mal, el que una institución cumpla con sus objetivos fundacionales. Como ya se dijo, no se trata de reformas cosméticas, sino de erradicar el mal desde el fondo de la sociedad, de atacarlo en las aulas de clase.

---

<sup>21</sup> Cfr. Los excelentes ensayos de José Ortega y Gasset: *Misión de la Universidad*, en: El libro de las Misiones, Espasa-Calpe, 9ª Edición, Madrid, pp. 58-123; y de Rafael Tomás Caldera: *Educación General y Filosofía*, Ediciones Vértice, 1997, pp. 25-46.

## **NOCIONES HISTÓRICAS Y TEORÍAS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS ENTES MORALES**

**Por: Juan Miguel Matheus Fernández**

Estudiante de 2° año de Derecho en la  
Universidad Monteávila

El hombre, debido a su naturaleza social y política, ha mostrado desde el principio de los tiempos su inclinación a agruparse estructuralmente en organismos que le permitan llevar a cabo actividades colectivas que presuponen la participación de una pluralidad de personas para poder ser realizadas eficazmente.

Estos organismos son situaciones de hecho en las cuales existe una pluralidad de personas que se reúnen con la finalidad de obtener un objetivo que es común a todas ellas y deriva del esfuerzo colectivo.

Estas colectividades son entidades relacionales que interactúan con los demás entes que conforman una comunidad, bien sean estos últimos personas físicas individuales u otros entes colectivos.

Estas situaciones fácticas son un fenómeno connatural a la vida en sociedad. De allí que observemos la presencia de organismos colectivos en todos los ordenamientos jurídicos del mundo o, dicho mucho más simple, en todas las sociedades.

Surge aquí el primer gran problema que debe ser enfrentado por los operadores de los ordenamientos jurídicos. Existiendo estas agrupaciones es menester ubicarlas dentro del contexto del ordenamiento. Hay que crear la figura jurídica necesaria que se adecúe a la realidad de estas entidades colectivas. No sólo para otorgarles el rango legal que les viene con el reconocimiento por parte del estado a estas agrupaciones, sino, también, para regular las relaciones en que se vean envueltas y atribuirles consecuencias jurídicas.

Luego que el ordenamiento soluciona una situación de hecho, reconociendo estas entidades como manifestaciones naturales de la vida en sociedad, surge la interrogante para los teóricos sobre cuál es la

naturaleza jurídica de estas entidades. ¿Hasta dónde llega su alcance como elemento conformante del ordenamiento? ¿ Son o deben ser consideradas sujetos de derechos y obligaciones dentro de un ordenamiento jurídico, tal como una persona humana, física e individual? Para darle respuesta a dicha interrogante hay que partir de principios antropológicos que sirvan de ideas de base en el estudio de los entes morales. Luego habría que formular teorías jurídicas en torno a dichos principios antropológicos para explicar la realidad de los entes morales, y, a su vez, formular toda la literatura jurídica y legislación que se construya en torno a ellos y que de ellos emane.

La doctrina, por su parte, para darle solución a dicho problema, se ha visto obligada a otorgar el nombre de **persona jurídica** a estos entes morales en contraposición con las personas físicas. No sólo aceptando su necesaria y espontánea estructuración dentro de una sociedad, sino reconociendo en ellos una aptitud legal para ser sujetos capaces de adquirir derechos y obligaciones en la vida jurídica de un ordenamiento, que les es conferida por el otorgamiento de una **personalidad jurídica**; colaborando así a que en la vida del hombre éste alcance su desarrollo en actividades colectivas que persiguen su satisfacción física, intelectual y moral.

La personalidad jurídica le es reconocida a los entes morales en todos los ordenamientos jurídicos del mundo desde hace muchos años. Sin embargo no existe consenso entre los teóricos de las distintas vertientes doctrinarias sobre cuál es la significación real de los entes morales y el sentido de atribuirles una personalidad.

La naturaleza de la personalidad jurídica de los entes morales sigue siendo hoy en día uno de los mayores temas de debate para los entendidos. Se han formulado varias teorías al respecto, que obedecen cada una a una forma de entender el derecho.

Las escuelas positivista, iusnaturalista, y ecléctica han hecho sus conjeturas en torno al tema. Unos atribuyen la personalidad jurídica de los entes morales a una ficción avalada por el estado como respuesta a un fenómeno meramente sociológico que no es digno de ser estudiado por la ciencia jurídica. Otros se inclinan a pensar que los entes morales representan una situación de hecho atribuible al hombre mismo en consecuencia de sus capacidades de sociabilización, que necesariamente

debe ser estudiado por la ciencia jurídica para poder formular las disposiciones jurídicas necesarias que deben regular esta importante parcela del conocimiento jurídico. Otros, eclécticos, entienden el surgimiento espontáneo de los entes morales en la vida en sociedad, pero advierten el necesario reconocimiento del estado para que les sea atribuida una personalidad jurídica que los eleve al nivel de sujetos susceptibles de derechos y obligaciones.

El objetivo de la presente investigación se reduce a dos cuestiones fundamentales. La primera es profundizar en el estudio de las teorías que pretenden explicar la naturaleza de la personalidad jurídica de los entes morales. La segunda es indagar en las nociones históricas que se han tenido de los entes Morales en el derecho romano, el antiguo derecho francés y el derecho moderno respectivamente, y que han informado el pensamiento tópico de la ciencia jurídica en la actualidad. Hemos hecho reconocidos de conceptos básicos necesarios que giran en torno al tema para dilucidar, en concordancia con la realidad de estos entes colectivos, como deben ser considerados dentro del pensamiento jurídico en atención a su propia naturaleza.

Para ello nos hemos planteado una serie de interrogantes que de ser resueltas contribuirán a que se comprenda mejor y desde una óptica adecuada la existencia y naturaleza de los entes morales.

Para iniciar nuestra investigación nos hemos formulado unas primeras preguntas que son fundamentales en consideración a nuestros fines: ¿Por qué atribuir personalidad jurídica a entes distintos de las personas humanas dotadas de inteligencia, razón y voluntad? ¿Son los entes morales y su personalidad una realidad, o mera ficción creada por la doctrina o el estado sin ninguna justificación? ¿Es necesario considerar jurídicamente a los entes morales?

Partiendo de estas interrogantes esperamos alcanzar un conocimiento que pueda ser útil en tanto que verosímil con la realidad de los entes morales, conociendo a fondo y desde puntos de vista antropológico, sociológico y jurídico, el entorno que circunda este apasionante tema de vital importancia en el estudio de la ciencia jurídica y la vida cotidiana en sociedad.

## 1. LOS ENTES MORALES.

### *1.1. Nociones históricas.*

#### 1.1.2. Derecho Romano.

El concepto de entes morales fue aceptado tardíamente en el derecho romano. Sin embargo se tenían nociones de la existencia de los entes morales desde la época clásica.

Si bien el derecho romano no elaboró en forma científica y genérica un concepto que sirviera como apelativo que designara a todas las especies de entes morales, los jurisconsultos decían de estos que eran verdaderos sujetos que ocupaban un lugar y cumplían funciones análogas a las de las personas físicas en la vida jurídica romana.

La primera manifestación de ente moral en Roma, aunque no era reconocido como tal, la representó el estado y sus extensiones administrativas. Según el catedrático de derecho romano Sebastián Artiles, la máxima personificación de algún ente moral fue en primer término la del estado: "La personificación de las corporaciones aparece, primero en el derecho público, comenzando por las mas importante de todas que es el pueblo (Estado) romano, y que después se va extendiendo a las ciudades, colonias, municipios y asociaciones de derecho privado"<sup>1</sup>. Luego surgirían los entes morales de derecho privado dentro de los cuales encontramos las fundaciones.

En el periodo post-clásico, última época del derecho romano, los entes morales sufrieron una división que correspondía a las siguientes categorías: *Universitates Personarum* y *Universitates Bonorum*. Las primeras eran consideradas corporaciones, las segundas fundaciones.

Al respecto comentan los profesores de derecho civil Ambrosio Colin y H. Capitant: "En el último estadio del derecho romano se reconocían dos clases de personas morales, correspondientes a las dos categorías que hemos distinguido racionalmente: de una parte las agrupaciones de individuos o *universitates personarum*, colegios de sacerdotes, sociedades de publicanos, asociaciones de artesanos, de otra

<sup>1</sup> ARTILES, Sebastián: *La personalidad jurídica en Roma*, segunda edición aumentada y corregida. Caracas-Venezuela, industrias gráficas art.press Ltda., 1977, p.64.

parte, las *universitates bonorum*, establecimientos o fundaciones, y, desde los emperadores cristianos, conventos, hospitales, establecimientos piadosos y benéficos”<sup>2</sup>. Esta clasificación se vio influenciada por el pensamiento humano-cristiano que se erigió en el imperio romano con el advenimiento del Cristianismo.

Las corporaciones eran agrupaciones de personas que poseían una personalidad distinta a las de cada uno de sus miembros, en las cuales los integrantes se unían para conseguir un fin específico que fuese resultado del esfuerzo colectivo.

En la época del Imperio se le atribuyó a los entes morales una existencia en sentido abstracto, una unidad jurídica subjetiva y una voluntad distinta de la de la simple agregación de voluntades de sus miembros.

Este punto del pensamiento jurídico romano se puede considerar como el génesis de la institución jurídica que en la actualidad conocemos como persona jurídica o ente moral. Con especial relevancia en el hecho de que se considerara a las corporaciones entidades separadas y exteriorizadas distintas a sus integrantes, ya que en nuestro criterio la esencia de un ente moral es la independencia jurídica que éste adquiere a partir de sus miembros, con el reconocimiento de una personalidad autónoma de la cual se desprenden derechos y obligaciones.

A estas corporaciones les eran reconocidos plenos derechos patrimoniales y jurídicos. La idea de “capacidad” era considerada por los romanos como una inherencia propia de las agrupaciones que manejaran un patrimonio distinto al de sus miembros: “Desde el momento en que el organismo tenía existencia legal, lícita, **gozaba de personalidad**, poseía un patrimonio distinto del de los individuos que lo componían o lo administraban”<sup>3</sup>

Las corporaciones estaban divididas en tres grandes grupos: Las de carácter público, las de carácter semi-público, y las de carácter privado.

<sup>2</sup> COLIN Y CAPITANT: *Curso elemental de derecho civil*, última edición francesa. Traducida por Demófilo de Buen en la Universidad de Sevilla. Madrid-España, Editorial Reus (S.A.), 1923. p. 423.

<sup>3</sup> COLIN Y CAPITANT: *Ob. Cit.*, p. 424.

1.1.2.1. *Corporaciones de carácter público.*

Según el anteriormente citado profesor de derecho romano Dr. Sebastián Artiles, fue en el ámbito del derecho público en el que aparecieron los primeros entes morales. Para Artiles, el hecho de que los entes morales públicos, y mas específicamente las corporaciones, fuesen aceptadas dentro del ordenamiento jurídico romano, obedece a la influencia de los grandes juristas que escribieron al respecto fundando doctrina en torno a la existencia de los mismos: "Desde muy pronto los juristas romanos comprendieron que el estado tenían en su poder bienes que no podían considerarse de todos los ciudadanos, sino que correspondían a un titulo diferente: El estado, el municipio, la ciudad, la provincia, la colonia, la prefectura"<sup>4</sup>.

Por las características omnipotentes del estado romano, es bueno aclarar que, cuando surgían relaciones jurídicas entre el estado -no encarnado éste en las corporaciones- y los particulares, no se suscitaban verdaderos procesos judiciales en los que el estado hubiese actuado como demandado o demandante. Pero si el estado estaba encarnado en las corporaciones, si se equiparaba a los particulares en los procesos judiciales y, mas aún, si eran procesos del *IUS HONORARIUM* llevado por los *Pretores*.

1.1.2.2. *Corporaciones de carácter semi-público.*

Estas corporaciones fueron las extensiones administrativas del estado. En principio estas no existían en el derecho romano. Luego, con la aprobación del Senado y del Emperador, se crearon organismos semi-públicos con personalidad y capacidad jurídica distinta a la de sus miembros. Estos eran los municipios, cuerpos de bomberos, sindicatos y otros cuerpos colegiados.

En estas corporaciones encontramos una idea jurídica muy ligada al centralismo como forma de gobierno y a la influencia del Senado como órgano asesor dentro del ordenamiento jurídico romano. Era requisito indispensable la autorización del gobierno que establecía la *lex Fulia collegis* para la formación de colegios o entes morales.

---

<sup>4</sup> ARTILES, Sebastián: *Ob. Cit.*, p.65.

A estos cuerpos colegiados se les denominaba *collegium* y requerían de una formalidad determinante para que fuesen reconocidas por el estado como entes morales y se les otorgara personalidad jurídica.

Esta condición se refería al número mínimo de estudiantes que debían conformar los *collegium*. Debían ser conformados por tres integrantes que los sustentaran y se articularan de tal manera que emprendieran las acciones propias del cuerpo a manera colectiva. A este particular nuestro muchas veces citado Dr. Artiles se refiere de la siguiente manera: "Para la formación de tales *collegium* se requería por lo menos un número mínimo de tres personas, y aunque luego pudiese ese número quedar reducido, esa reducción no afectaba la existencia de la persona colectiva"<sup>5</sup>. Hay otros estudiosos de la materia que insisten en que además del mínimo de personas que mencionamos anteriormente, también eran necesarias otras dos condiciones para la constitución de las corporaciones semi-públicas. Al respecto comenta el profesor Agustín Hurtado Olivero lo siguiente: "Los requisitos para la existencia de una corporación son los siguientes: a) La existencia de una colectividad de personas o de individuos, requiriendo un mínimo de tres personas para hacerla hacer, aún cuando posteriormente podían continuar con una sola persona. b) Una comunidad en los fines y en las utilidades perseguidas. c) Un propósito dirigido a la obtención de un lucro. d) La autorización del estado que podía ser otorgada por disposiciones generales o especiales, siempre y cuando no vulneraran el orden público, las leyes y las buenas costumbres"<sup>6</sup>.

### 1.1.2.3. Corporaciones de carácter privado.

En principio se había establecido en Roma que los organismos que estuviesen conformados por una pluralidad de personas y se dedicasen al comercio no podían recibir personalidad jurídica, pues no se ordenaban al bien común sino al particular.

Sin embargo, bajo algunas excepciones, a esos organismos se les reconocía personalidad jurídica. Estas excepciones eran concedidas a

<sup>5</sup> ARTILES, Sebastián: *Ob. Cit.*, p.65.

<sup>6</sup> HURTADO, Agustín: *Lecciones de Derecho Romano*, quinta edición. Caracas-Venezuela, ediciones Justiniano S.R.L. 1983, p.197.

través de estatutos que, generalmente, eran las senadoconsultas y las constituciones imperiales emitidas por el Senado y el Emperador respectivamente.

La razón de esta restricción obedecía a que muchos entes morales destinados al comercio, sobre todo en el periodo del antiguo Derecho Romano, alcanzaban una fuerza política de gran peso que ponía en juego la estabilidad del estado. Con relación a este punto concreto se manifiesta el profesor francés Eugene Petit: "Según parece, hubo un periodo bastante largo en el que las personas morales se constituyeron por ellas mismas, sin intervención de los poderes públicos. Pero al fin de la República, habiéndose mezclado algunas asociaciones en los asuntos políticos ejerciendo una influencia al parecer peligrosa, los emperadores suprimieron un gran número de ellas, y se estableció un nuevo principio: el de que una persona moral no podría existir en lo sucesivo nada mas que en virtud de una autorización dada por una ley, un senado consulto o una constitución imperial"<sup>7</sup>.

La mayoría de las organizaciones que adquirirían excepciones del estado eran las llamadas empresas concesionarias de servicios públicos o arrendatarias de impuestos o de bienes del estado. Estas se encargaban de administrar y extraer los bienes de las minas, salinas y pedreras entre otros.

A las sociedades que eran formadas con fines económicos privados no se les otorgaba personalidad jurídica, por lo que, en consecuencia, no producían efectos con relación a terceros; es decir, si una persona contrataba con un socio en particular, la obligación recaía sobre este y no sobre la sociedad, porque esta no era considerada sujeto susceptible de derechos y obligaciones.

Por otra parte, nos aclara el Prof. Artiles, los efectos contractuales internos entre los socios que derivaban de la situación de hecho que significaba la asociación: "Las sociedades que se formaban con fines económicos privados tenían efectos contractuales solamente internos, o sea, en relación con las ganancias y pérdidas de los socios"<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> PETIT, Eugene: *Tratado Elemental de Derecho Romano*, novena edición aumentada con copias y notas. Traducido por José Ferrandez González. Barcelona-España, ediciones Nuevo Mundo, 1993.p.223.

<sup>8</sup> ARTILES, Sebastián: *Ob. Cit.*, p.66.

#### *1.1.2.4. Las fundaciones.*

Las fundaciones se remontan al periodo clásico. Estas eran consideradas como templos y divinidades paganas que según la doctrina tenían titularidad de derechos en ciertos rublos.

Con el pasar del tiempo, y gracias a la influencia del cristianismo, las fundaciones comenzaron a gestarse tal cual como las concebimos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Pasaron de un plano pagano a asumir un rol social dentro del espectro de las organizaciones que tenían lugar en el imperio romano. Así comenzaron a funcionar los primeros hospitales, iglesias, hospicios y ancianatos entre otras instituciones de labor caritativa.

Los motivos conductores de estas instituciones eran la beneficencia y la misericordia con el prójimo. Con el pasar del tiempo fueron creciendo en número estos establecimientos. Se les denominaba con el apelativo *piae causae* para dejar sentado los objetivos trazados y la intención de las personas que las instituían.

El núcleo de las fundaciones estaba constituido por un aporte patrimonial del fundador destinado para las obras caritativas que se pretendían realizar. Este patrimonio era administrado por personas que encarnaran la institución. Para ello se creó una legislación que reconocía cierta capacidad jurídica a estos entes morales. Pero no se les otorgaba la personalidad ni se les elevaba al nivel de una corporación de carácter público en materia de susceptibilidad de derechos en la vida jurídica.

El paso determinante en la evolución de estos organismos para llegar a ser lo que son y significan actualmente se dio durante el derecho justiniano. Justiniano creó una legislación que no reconocía en su totalidad a las fundaciones como entes singulares con una personalidad jurídica propia dentro del ordenamiento, pero sí fijó a perpetuidad las bases de los conceptos de “fundación” que conocemos hoy en día de fundaciones.

#### *1.3. Derecho antiguo francés.*

El período del derecho antiguo es considerado fecundo en la proliferación de los entes morales. Durante la edad media se tienen pocas

noticias de la actividad de los entes morales. Lo que se conoce de ellos, hasta la llegada del renacimiento, se debe a la gran influencia que ejercía la Iglesia como institución en todo el viejo continente.

Las fundaciones, en general, fueron el tipo de ente moral que mas auge tuvo durante la época del antiguo derecho. Las causas, como hemos señalado, se refieren a la impetuosa difuminación de las ideas cristianas de caridad para con el prójimo, que, en definitiva, era la finalidad de las fundaciones.

El principio que rige y determina la actividad de los entes morales durante el antiguo derecho francés es, al igual que en Roma, la sumisión de estos a la autoridad del estado, de cuya autorización no podían prescindir para ser considerados lícitos. Los juristas del antiguo derecho francés consideraban que la aprobación y autorización de la máxima fuente de poder formal, que en este caso era el estado, era condición *sine qua non* para la legal actuación de algún ente moral.

Como en Roma, los entes morales con fines de beneficencia eran mal vistos desde las altas esferas de poder. El poder real se veía amenazado por el despliegue de actividades que realizaban los entes morales y la velocidad con que crecían cualitativa y cuantitativamente.

Muchos entes morales representaban una fuente de poder con ascendencia social considerable que hacía temblar a los gobernantes. Manejaban patrimonios que frecuentemente se traducían en grandes fortunas, eso sin contar la importancia en la labor apostólica y profesión de fe que realizaban y también infundía miedos en el poder temporal.

Frente a esta realidad los gobernantes se defendían siendo hostiles a los entes morales, a veces aniquilándolos al retirarles la autorización de existencia. La importancia de las colectividades era considerable en el antiguo derecho; algunas de ellas ejercían un verdadero poder de policía en la labor de crítica de los abusos del poder. A fin de evitar los abusos, el Rey estaba obligado a retirarles su autorización a ciertas colectividades, lo cual llevaba consigo la desaparición de la persona moral.

La excusa tras la cual el estado ocultaba su maniobra temerosa ante el crecimiento de los entes morales se remite al derecho romano cuando se afirmaba que todo ente moral procede del Rey y que no podía

existir sin una expresa autorización del soberano. Así se colocaban los entes morales bajo una perspectiva de dependencia directa de la autoridad, la cual los podía crear o los podía disolver.

El entorpecimiento que el gobierno hacía en la creación de entes morales molestaba a buena parte de la población y de los religiosos de la época –estos últimos representaban la élite intelectual del momento–, por lo que se presionó a las autoridades estatales para que no obstaculizara la creación, labor y vida de los entes morales de ninguna especie; y mucho menos los que tuviesen como finalidad una labor social en obras de caridad.

Pero el remedio resultó peor que la enfermedad. La autoridad encontró en la petición popular un pretexto nuevo que servirían para regular mas aún la actividad de los entes morales, pues además de requerir la autorización del estado, también era necesaria una certificación de “**necesidad**” que hacía constar que el ente moral en cuestión era de utilidad evidente.

Por otra parte las personas morales debían garantizarse a sí mismas su protección. No había cuerpos estamentales que impusieran la observancia de los entes morales. Estos debían constituirse de tal manera que su integridad estuviese garantizada, pues no contaban con garantías judiciales a las cuales acudir en caso de que se viesen amenazados.

Hay que aclarar un aspecto en torno a la autorización del estado para el funcionamiento de los entes morales. Si bien es cierto que el estado debía conocer la existencia del ente moral, también es cierto que la finalidad de ese conocimiento no era la atribución de una personalidad jurídica, sino una manera efectiva del estado para mantenerse informado de las actividades que realizaran cuerpos que potencialmente eran considerados enemigos del régimen. Luego, y en un plano secundario, les eran atribuidas personalidades a los entes morales de las cuales se desprendía la capacidad en derechos y obligaciones que le era conveniente al estado que tuviesen dichos entes morales.

Una vez reconocido el ente moral en el ordenamiento era considerado dotado de personalidad jurídica. Pero el ente moral no era algo distinto a la personalidad. Por el simple hecho que una agrupación fuera reconocida era ente moral, y, en consecuencia, tenía una personalidad ligada intrínsecamente a la autorización, aunque, como ya hemos dicho,

la autorización no constituía la concesión de personalidad hecha por el poder sino solo el acto de reconocimiento jurídico del ente moral.

Una gran contradicción se ha criticado mucho y desde hace mucho tiempo en la manera de concebir los entes morales desde los órganos que ejercían la autoridad, en la época del antiguo derecho francés: Por un lado el estado entorpecía la actividad de los entes morales que tuviesen como fin la persecución de objetivos altruistas y de caridad exigiéndoles una autorización para funcionamiento. Pero, por otra parte, había entes morales que no estaban en la necesidad de cumplir con la formalidad de la autorización. Estos eran únicamente los entes morales cuya causa de existencia era la persecución de fines lucrativos. Que gran paradoja que las agrupaciones que se dedicaban la beneficencia social y no comercial ameritaran autorización estamental, y las agrupaciones que perseguían fines comerciales no requerían de la aprobación del estado.

La razón es de orden meramente doctrinario. Los antiguos juristas del derecho francés no consideraban las sociedades comerciales como una individualidad exteriorizable distinta de la de sus miembros. "Es que, en efecto, - comentan Colin y Capitant - estas sociedades no están consideradas como personas abstractas, distintas de los individuos que la componen"<sup>9</sup>. Por este motivo su constitución puede ser sin la autorización y en pleno ejercicio de la autoridad. El patrimonio que poseía la persona jurídica no era distinto al de sus miembros, era una copropiedad. Por lo que la empresa no podía disponer del patrimonio que poseía, pues estaba perjudicando el patrimonio de sus integrantes.

Aquí encontramos una contradicción con el principio de autonomía de la personalidad del ente moral que venía dominando el pensamiento jurídico desde el derecho romano. Consideramos que las causas de dicha involución doctrinal tiene sus raíces en causas de índole políticas y económicas, y no en un verdadero avance del pensamiento tópico jurídico.

#### ***1.4. Derecho moderno.***

Para facilitar el estudio del periodo que se conoce con el nombre de derecho moderno, éste puede ser dividido en dos grandes etapas: El primero estuvo signado por la influencia de la revolución francesa, el

<sup>9</sup> COLIN Y CAPITANT: *Ob. Cit.*, p. 426.

segundo tiene como hito de referencia la ley de julio de 1901 que establece la supresión de las autorizaciones gubernamentales para la constitución de los entes morales.

### **Primer período:**

El espíritu predominante en este periodo fue el anticlericalismo que caracterizó a los juristas de la época. Estos no ocultaron su afinidad con las ideas anti-religiosas que se impusieron con la revolución francesa y que se afianzaron mas tarde con el enciclopedismo.

Las fundaciones y corporaciones de contenido cristiano en las actividades que desplegaban, no eran soportadas por los revolucionarios; por lo que necesariamente debían ser atacadas al apegarse a los ideales de la revolución. “La revolución no admitía que otras fuerzas, - dicen Colin y Capitant – que organismos vivos y activos pudieran levantarse entre el individuo y el estado”<sup>10</sup>.

Con el pasar de los años la situación jurídica de los entes morales fue empeorando. Ya no solo los entes morales de tipo fundacional religioso eran victima de las presiones del estado, también las asociaciones de carácter lucrativo, que habían sido aceptadas en el antiguo derecho francés, fueron perseguidas: “La revolución quería hacer tabla rasa de las antiguas asociaciones, ya religiosas, ya económicas, de las congregaciones y de las corporaciones”<sup>11</sup>.

En principio los revolucionarios proclamaron la libertad de asociación por la gran influencia de los documentos en los cuales se plasmaba la importancia de los derechos del hombre. Luego, increíblemente, les retiraron la personalidad a los entes morales. Así se encontraron disociadas las nociones de licitud, persona o ente moral y personalidad, que, como ya habíamos comentado, venían unidas desde el derecho romano.

En este punto “la revolución” aprovechó la desaparición de las personas morales para retirarles los bienes que hubiesen poseído estas

---

<sup>10</sup> COLIN Y CAPITANT: *Ob. Cit.*, p. 426.

<sup>11</sup> COLIN Y CAPITANT: *Ob. Cit.*, p. 426.

últimas, en especial los de las congregaciones religiosas. Así se refieren Colin y Capitant con respecto a estos sucesos: "La Constituyente y la Convención suprimieron sucesivamente todas las personas de mano muerta eclesiásticas y laicas y concedieron sus bienes al estado"<sup>12</sup>. Las asociaciones y corporaciones fueron entonces toleradas pero no podían poseer patrimonio, con lo cual quedaba limitado su funcionamiento.

Adentrándonos ya en lo que fue el imperio napoleónico encontramos que se suprimió casi por completo la libertad de asociación. Toda asociación de mas de veinte personas debía ser autorizada y registrada respectivamente. Pero esta autorización no confería una personalidad a dicha asociación. La personalidad era reconocida, solo habiendo cumplido el ente moral una serie de formalidades, a través de una segunda autorización de carácter público.

### Segundo período:

En él queda establecido un régimen de libertad de constitución que suplantaba el régimen de la doble autorización vigente hasta entonces. El régimen napoleónico subsistió durante la mayor parte del siglo XIX, y prohibía de manera especial la creación de sindicatos y colegios. La ley de 1884 autorizó los sindicatos y le confirió una amplísima personalidad moral.

La ley de 1901 proclamó la libertad de asociación, y confirió una personalidad moral restringida a las asociaciones que fuesen declaradas. Pero como era de esperarse, la ley de 1901 se mostró rigurosa a las congregaciones religiosas, cuya existencia y licitud estaban subordinadas a una autorización del legislador.

Las sociedades con una finalidad lucrativa fueron consideradas, en su totalidad, y de pleno derecho, como dotadas de personalidad,<sup>13</sup> pero el legislador debió prever algunas precauciones con respecto a las asociaciones y sociedades de capitales, con el fin de proteger el ahorro.

<sup>12</sup> COLIN Y CAPITANT: *Ob. Cit.*, p. 426.

<sup>13</sup> Recobrando así la tradición jurídica del antiguo derecho francés de dotar de personalidad a los entes morales cuya finalidad fuese de carácter lucrativo. Véase supra, en la página trece de este mismo ensayo, el comentario hecho al respecto.

## 2. NATURALEZA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS ENTES MORALES.

### Teorías:

#### *2.1 Teorías de la realidad:*

Quienes defienden estas teorías reconocen a los entes morales como una realidad social. Una de las más importantes teorías de este grupo, sustentada fundamentalmente por Schaeffle y René de Worms, es habitualmente designada con el nombre de organicista biológica. Desde esta posición se ha pretendido definir a los entes morales como organismos enteramente análogos al organismo psicofísico del individuo humano, y hasta con una voluntad exactamente constituida que la del ser humano individual. Según esta tesis, los componentes integrativos de los entes morales tienen una clara y evidente semejanza con los elementos de un organismo humano. Pero dicha similitud que tienen los entes morales con las personas físicas es definida y estructurada por el ordenamiento positivo; con lo cual, fuera de él, el ente moral no tiene parecido ninguno con una persona humana. Esta postura es resultado del predominio del pensamiento positivista de la época, y no tiene influencia o efecto alguno en la actualidad.

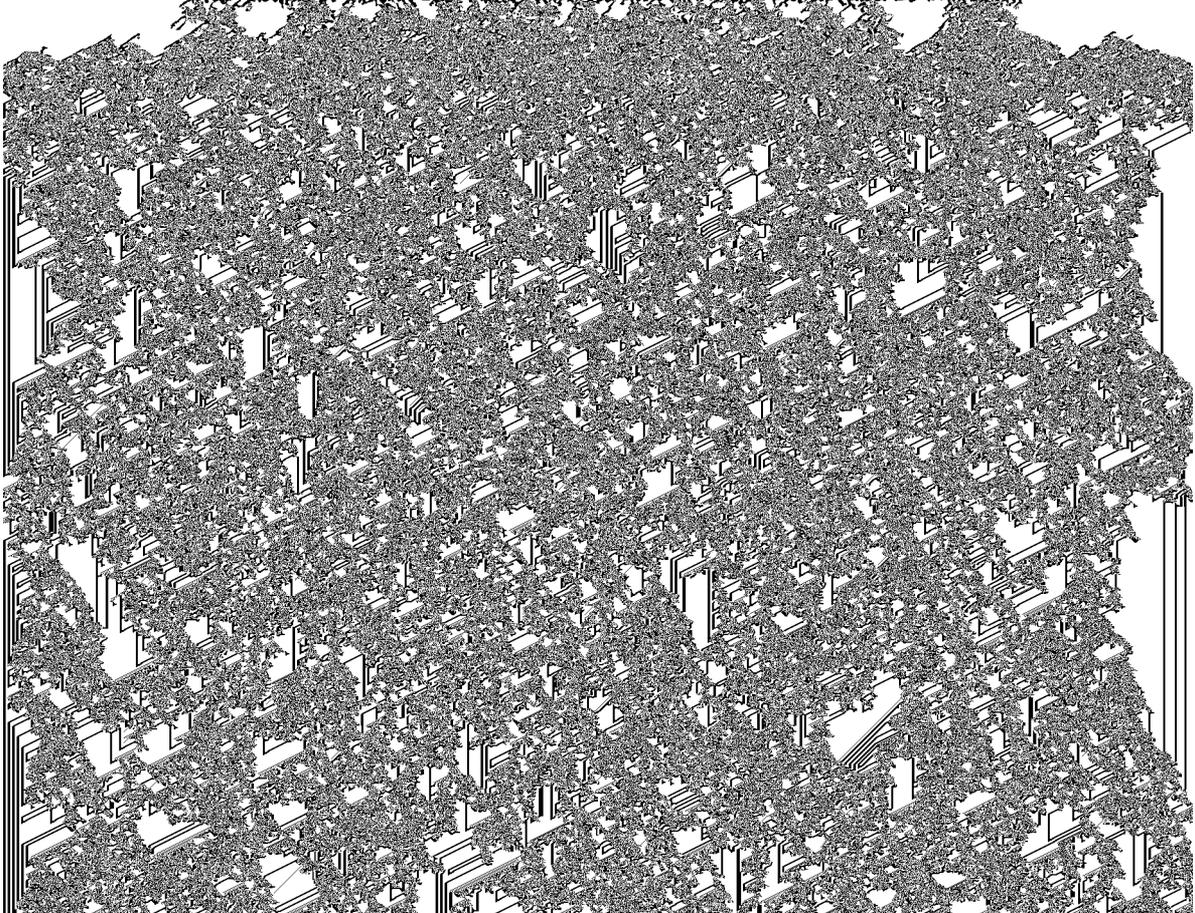
Existen otros autores de esta vertiente doctrinaria que apoyándose igualmente en la realidad extraindividual que pregona esta tendencia, descubren en los entes morales un alma y una voluntad diferentes a las de los sujetos que lo constituyen. Pero esta teoría es tan incierta y debatible como la anterior. Ya que si bien es cierto que en la trama de relaciones de la vida social existe un orden de expresiones psíquicas-espirituales distintas de la de las personas singulares, ello no significa que dichas expresiones indiquen la existencia de un alma o una voluntad extrahumana.

Decimos que no puede existir una voluntad extrahumana en estas entidades colectivas porque estas son la extensión de las relaciones de los individuos que viven en sociedad. Las relaciones humanas son las que informan a los entes morales en primer lugar. De tal modo que existiese en los entes morales una voluntad extrahumana si su constitución no estuviese vinculada a la vida del hombre en sociedad. Pero como su conformación depende del hombre mismo, entonces hay un elemento humano que esta intrínseca e inseparablemente unido a la esencia de los entes morales.

NACIONES HISTÓRICAS Y TEORÍAS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS  
ENTES MORALES

Otras de las direcciones dentro de esta corriente es la denominada organicista social. Fue defendida por Gierke. En ella no se asemeja a los entes morales ni con los individuos ni con el organismo biológico individual. En el pensamiento de este autor el ente moral es una persona real constituida por individuos aglutinados y estructurados para concretar fines que están mas allá del mapa de las posibilidades individuales. Todo ello a través de una unidad de voluntad y de acción que no es la simple suma de voluntades individuales. Por el contrario es una voluntad superior manifestada a través de los órganos de la comunidad asociada y estructurada organizativamente. Nosotros consideramos que no significa que dicha voluntad no provenga de la voluntad humana, pues si es superior es porque trasciende a la persona humana individualmente considerada, pero no porque se encuentre en un plano que no sea de orden humano.

El ente moral es así, un organismo social, una unidad de vida *sui generis*, una realidad estructurada independientemente de los seres individuales. Tiene, en consecuencia, una absoluta capacidad de ejercicio



articularse en colectivo para obtener los fines sociales que se ha trazado el ente moral; entonces la institución adquiere personalidad moral.<sup>15</sup> Luego, cuando dicha idea hace posible que se unifique la intervención de los individuos de tal modo que dicha intervención se presenta tal como el ejercicio de un poder jurídicamente reconocido, entonces el ente moral adquiere una personalidad jurídica.

La tesis de la institución ha sido cuestionada por “supuestamente” no aclarar nada en torno a los entes morales ni su personalidad jurídica. Por nuestra parte consideramos que es la teoría que se presenta mas verosímil con la realidad de los entes morales. En la teoría de la Institución los entes morales son considerados una realidad social que se estructura paulatinamente en tanto que se consolida para ser reconocida por el ordenamiento, no por una ficción ni por mandato estamental, sino por su propia realidad de organismo social.

Otra teoría que debemos considerar dentro de las teorías de corte realista es la de Michoud. De acuerdo con él, la persona humana es el núcleo esencial de interés y de voluntad a quien el ordenamiento otorga personalidad. Pero como la persona humana no alcanza a cumplir sus propios fines sino une su esfuerzo al de sus iguales por medio del trabajo y la acción emprendida colectivamente, el ordenamiento está en la obligación también de velar por los intereses de la comunidad de personas que se organizan en un grupo social.

Para que el ordenamiento reconozca la personalidad moral y jurídica de toda agrupación social es, pues, necesario, según Michoud, que dicho grupo reúna unas condiciones tales como: a) tener un interés único y común, distinto de los intereses particulares de los individuos que forman parte de la agrupación; y b) poseer una estructura organizativa que esté en la capacidad de expresar la voluntad de la colectividad.

## ***2.2. Teoría de la ficción:***

Federico Carlos de Savigny introdujo un concepto que ha alcanzado gran aceptación en la doctrina de la personalidad jurídica de los entes morales. En su teoría denominada de la “ficción”, este importante jurista, mantiene que lo que en derecho es caracterizable como una

<sup>15</sup> Observamos una concepción de los entes morales cuyo motivo de constitución es una causa eficiente que le permite al hombre alcanzar resultados que individualmente no alcanzaría.

personalidad jurídica, es una cuestión radical y esencialmente distinta de la realidad, algo estrictamente creado por el ordenamiento jurídico y el derecho en general.

Savigny alude al ente moral definiéndolo como un sujeto de derecho patrimonial artificial, creado por la autoridad con el objeto de facilitar a las asociaciones de individuos, consideradas convenientes al bien público, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones inherentes a su finalidad específica.

Entre las mas serias objeciones que se han hecho a la teoría de la ficción está la referente a la personalidad jurídica del estado como sujeto del derecho privado, es decir, como sujeto **capaz** de obtener, ostentar y transferir bienes; de ejercer, en general, facultades de carácter patrimonial; de ser juzgado etc. Si el estado es la única persona jurídica que crea artificialmente a las demás: ¿qué otra autoridad lo enviste de capacidad y lo convierte en ente moral? Los simpatizantes de la teoría de la ficción responden a esto sosteniendo – como lo hace Savigny – que el estado no es creado. Que tiene una existencia natural espontánea y necesaria por ser la estructuración elemental de la vida social.<sup>16</sup>

Sin embargo esto no comporta sino el hecho de reconocer que la teoría de la ficción se basa en fundamentos insostenibles por su inconsistencia, que conllevan a una contradicción en las cuestiones mas nucleares de la explicación que da Savigny sobre los entes morales y su personalidad.

### 2.3. Tesis de Ferrara.

Para Francisco Ferrara la tarea fundamental del derecho es la de regular las relaciones de los individuos los cuales, a través de dicha regulación, obtienen el rango de sujetos susceptibles de derechos y obligaciones. Entonces la subjetividad jurídica es, por tanto, para Ferrara, un atributo propio del hombre<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> En este planteamiento se manifiesta la inconsistencia de la teoría propuesta por Savigny, pues no resuelve la interrogante en tomo al estado que se le argumenta de manera contundente.

<sup>17</sup> Observamos como Ferrara peca de positivista en sus planteamientos, pues no reconoce una inherencia de derechos en los individuos que debe ser reconocida y no atribuida por el estado y el ordenamiento a los sujetos de derecho.

Pero el hombre coexiste con sus semejantes dando lugar a diversas maneras de convivencia humana. Unas son históricas y naturales (la familia, tribus, patria, pueblos, clanes, estados); otras, voluntarias (asociaciones) orientadas a satisfacer necesidades comunes o lograr objetivos que individualmente el hombre no podría concretar. En este punto consideramos que Ferrara tiene una concepción del Estado como una entidad natural y necesaria similar a la de Savigny, pero no entendemos porque hace una separación entre entidades naturales y voluntarias, pues toda forma de agrupación es natural y voluntaria a la vez en el plano teleológico social. Natural en tanto que corresponde a la naturaleza relacional del hombre, y voluntaria porque el hombre accede voluntariamente a conglomerarse en colectivo para crear un órgano que cumpla una función requerida y que solo es realizable de manera colectiva.

Es posible observar, según Ferrara, dos tipos de convivencia voluntaria: una se establece a manera de un complejo de individuos cuya operación unificada persigue y alcanza un objetivo o un fin común y están provistas de un patrimonio propio conformado por los mismos individuos asociados, que son sus mismos administradores y beneficiarios a la vez. Esta es la forma de asociación propiamente dicha. La otra se establece alrededor del patrimonio aportado por un individuo y orientado a los fines particulares determinados por la voluntad de éste. La administración la ejercen otros individuos a los cuales no pertenece el patrimonio. En este caso los beneficiarios son todas aquellas personas a quienes está dirigida la utilización del patrimonio aportado por el fundador del ente moral. Esta es la forma que adquiere la fundación. Pero en los dos casos existen formas de organización social tienden a concretar un propósito.

Entonces, al igual que la subjetividad jurídica es un atributo del hombre que se debe considerar individualmente, también lo es de toda forma de organización social reconocida por el derecho positivo, ya que tales formas son, también, sujetos de derechos y obligaciones.

Así, pues, la personalidad jurídica no es un hecho ni tampoco una ficción. Es una categoría. Es una forma determinada por el derecho, a la cual éste puede correlacionar en cualquier sustrato fáctico.<sup>18</sup>

<sup>18</sup>

Observamos en esta afirmación la influencia de un pensamiento positivista que considera los entes morales no como una realidad fáctica sino como una creación del ordenamiento que fuera de él no tiene ningún asidero. Consideramos que esta postura se reduce a afirmar la "ficción de los entes morales" propuesta por Savigny escondiéndola bajo la legalidad de los mandatos imperativos del estado, pero en el fondo no aporta ningún nuevo argumento sobre la naturaleza de los entes morales.

Ferrara considera que la personalidad jurídica se presenta en el derecho como una idea unificadora de las relaciones jurídicas que se dan tanto entre los individuos como entre los grupos. Y como las corporaciones, fundaciones, sociedades y otros grupos organizados sólo deben ser tomados en cuenta y concebidos como persiguiendo un interés o una finalidad que es común a todos sus elementos constitutivos, su personalidad jurídica no es otra cosa que la unificación en abstracto de su propia actuación.

#### *2.4. Teorías negativas de la Personalidad.*

Frente al grupo de teorías realistas y positivistas, como la de Ferrara, que, de una forma u otra, aceptan que los entes morales son sujetos de derechos y como tales tienen también una personalidad jurídica, se han construido otras tesis que se demuestran escépticas y negativas ante tal personalidad.

Bajo la perspectiva que estos sistemas entienden los entes morales los únicos entes en derecho que son y pueden ser sujetos de derechos son los entes humanos. Según estas teorías los denominados entes morales o personas jurídicas carecen en absoluto de toda atribución posible de personalidad.

Este conjunto doctrinario se sostiene en dos ideas centrales: o bien entendiendo que el patrimonio que poseen los entes morales son bienes sin un dueño determinado pero afectados a un fin concreto, o bien asumiendo que dichos bienes conforman la propiedad colectiva de los miembros que constituyen el ente moral.

Algunos defensores de esta vertiente, tales como Bohlau y Bruns, objetan toda realidad a los entes morales y solo aceptan un cierto conjunto de bienes que son igualados en su trato jurídico al trato que se le da a los sujetos individualmente considerados.

Otros juristas como Windscheid mantienen que el derecho, en tanto facultad impersonal del querer, existe independientemente del sujeto individual. Este, por consiguiente, puede faltar, ya que no es necesario para la existencia del derecho sino únicamente para su ejercicio<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Windscheid desvincula totalmente la adherencia del derecho a algún sujeto para su existencia, cuestión que consideramos errónea en tanto en cuanto todo derecho emana de un sujeto solo si dicho sujeto se relaciona con otros sujetos.

Brinz, por su lado, si bien adopta el mismo concepto negativista, basa su tesis en la importancia que alcanzan los patrimonios. Diferencia así, patrimonios que posee una persona individual determinada, y patrimonios que están afectados a un fin. Careciendo estos últimos de sujetos.

En rol de crítica, señala Del Vecchio con respecto a esta teoría, que Brinz lleva "a forzar el verdadero alcance de conceptos bien distintos entre sí hasta hacerlos coincidir: De un lado personalizando el patrimonio, eleva las cosas hasta el grado de sujetos de derecho; y de otro lado, como fue hecho notar, entre otros, por Miraglia, rebaja las personas hasta confundirlas con las cosas. En verdad no se puede concebir un fin sin un querer, sea en acto, sea en potencia. Por esto el patrimonio de un fin sólo se puede comprender pensando en una persona que se proponga el fin; por lo tanto, extraído el elemento personal y voluntario, tal concepto carece de sentido"<sup>20</sup>.

Otro exponente de esta doctrina, Rudolf von Ihering, considera que todo derecho subjetivo no es mas que un derecho jurídicamente protegido y, por tanto, el sujeto de derecho es un ente que tiene la aptitud legal requerida para gozar los derechos que el ordenamiento le concede.

A partir de esta idea se intentó solucionar el problema de los entes morales sustentándose en la tesis de que los sujetos de estos son los designatarios de los bienes que componen el patrimonio colectivo. Los auténticos sujetos de derechos no son los entes morales sino los sujetos aislados. Aquellos son solamente una manera concreta a través de las cuales los segundos expresan sus relaciones jurídicas. Esta teoría reduce a los entes morales a una formula auxiliar, instrumental y operativa. Un componente técnico en el cual se apoya el legislador para relacionar los intereses y distribuir los bienes.

Esta doctrina es criticada distinguiendo el disfrute del derecho del derecho mismo. El derecho mismo no está conformado por el disfrute sino por la facultad. El disfrute es solamente una consecuencia que no representa parte esencial del derecho.

<sup>20</sup>

DEL VECCHIO, Giorgio: *Filosofía del Derecho*, ediciones de la unión tipográfica editorial Hispano-Americana. Distrito Federal-Méjico, 1946, t. I, p.318.

Hay otras tesis más radicales, como la de Giorgi, que reduce todos los entes colectivos al estado. Reconoce la existencia de un solo sujeto, el estado, el cual por razones de conveniencia axiológica o de oportunidad, crea entes secundarios e inferiores concediéndoles una individualidad subjetiva, y todo aquello que no coincida con un ser humano debe ser considerado ente moral.

La objeción a esta teoría se orienta hacia la falta de veracidad de la misma. Aceptando que los fines de los entes morales son de interés público, y que estos son tales en cuanto el estado los reconoce, surge la interrogante de que si basta solo todo esto para mantener que el estado es un sujeto. He aquí que se podría negar todo derecho individual, pues también reposaría sobre la base del reconocimiento estatal. Para entender la naturaleza de los sujetos de derecho no deben ser considerado más que la personificación de un ente del cual derivan facultades que deben ser reconocidas necesariamente por el ordenamiento.

El pensamiento negativista de los entes colectivos, llevado hasta sus últimas consecuencias, tiende a aniquilar el concepto de ente moral o persona jurídica; pues se parte de la base de que los bienes de este son la propiedad colectiva del mismo, sin ninguna independencia de los miembros que lo conforman. Surge así la teoría del patrimonio colectivo sostenida por Planiol. Según él, esta es una forma especialísima de organización del patrimonio que tiene en el mismo su razón de ser. "El mito de la personalidad moral – dice Planiol - debe ser útilmente sustituido por la noción positiva de la propiedad colectiva. Todas las reglas legales pueden ser explicadas de este modo, puesto que la personalidad moral no es concebida por la ley, sino en el caso de que haya una propiedad colectiva y desde el momento que se abandona la idea falta de personalidad, se hace desaparecer un cúmulo de dificultades que crea esa ficción"<sup>21</sup>.

La identificación que hace Planiol de la propiedad colectiva con el ente moral en vez de resolver el problema lo complica. Evidente que la propia existencia de un patrimonio o de una propiedad colectiva tiene que ser referida a una colectividad que, como sujeto de derecho, ejerce las facultades concernientes a esa propiedad.

---

21

PLANIOL, Marcelo y RIPERT Jorge: Tratado práctico de Derecho Civil Francés, edición cubana. Traducida por el Dr. Mario Díaz Cruz. La Habana-Cuba. Editorial Cultural S.A. p. 63.

En nuestro criterio, la tesis de Planiol se verifica en las consecuencias poco felices que trajo consigo a la hora de plantearse el problema de los entes morales. Puesto que se estudia el problema a la luz del ordenamiento jurídico soviético, en el cual Planiol tenía sus ojos puesto. En el derecho soviético se sostiene que el derecho de propiedad de las cooperativas, de clara filiación marxista, no constituye dominio de todo el pueblo sino que pertenece al conjunto de ciudadanos agrupados en cooperativas que poseen personalidad jurídica solo para administrar sus bienes.

## CONCLUSIÓN

Entendemos que la regulación jurídica que se haga en torno a los entes morales debe ser la expresión de la voluntad de la comunidad encarnada en el legislador. Pero estas regulaciones son momentos creadores de situaciones vitales que concretan un orden en las relaciones de alteridad de la vida jurídica de una sociedad. Deben fundamentarse en principios que se sustenten en el orden natural de las cosas, mas allá de cualquier sistema que quiera construirse a partir de la mera razón humana y prescindiendo de la observancia de la realidad que, en definitiva, es la fuente primera que informa, y debe informar, a las instituciones de un ordenamiento jurídico y al Derecho mismo.

Para entender la naturaleza de los entes morales y la idea de personalidad jurídica que necesariamente se les atribuye, debe irse al hombre como elemento mínimo esencial constitutivo de dichas entidades.

Partiendo de una concepción del hombre como ser relacional, que a causa de sus indigencias propias se asocia con sus similares con fines prácticos para satisfacer sus necesidades físicas y psíquicas-intelectuales, podemos hacer una aproximación a la razón de ser de los entes morales que no es mas que: La tendencia natural de los seres humanos a relacionarse entre sí, interactuando unos como complementos de otros y conjugándose en un esfuerzo común que permite alcanzar objetivos que resultan inalcanzables para un individuo singular e individual que no se articule en una colectividad.

En esta línea de ideas, consideramos que los entes morales son una realidad concreta a la cual no le puede ser atribuida la existencia por una ficción doctrinal ni mucho menos por pura autoridad estamental a través de un acto gubernamental.

Los entes morales deben ser considerados una extensión de las relaciones humanas en la vida social. Su existencia trasciende a cualquier reconocimiento o creación que de ellos pueda hacer un ordenamiento jurídico. La causa de la existencia de entes morales es la necesidad que se pueda tener de cumplir una función a través de un órgano de estas características, y no la voluntad de alguna instancia de poder estatal.

Ante esta realidad el estado está en la obligación – no por una cuestión de voluntad estatal sino de orden práctico axiológico que de no realizarse no permitiría el establecimiento de un ordenamiento organizado y estable - de reconocer la existencia de estos entes y de crear las instituciones jurídicas necesarias para regular y enmarcar jurídicamente los derechos y obligaciones que se derivan de las relaciones que entre ellos se susciten.

Desconocer la existencia de instituciones colectivas es no entender la naturaleza social del hombre. Las consecuencias podrían ser graves. De hecho lo han sido. Las relaciones jurídicas naturales ya no tendrían su fundamento en la naturaleza del hombre sino en elementos incidentales de contenido imperativo que provienen del estado. Se haría del derecho un conjunto de mandatos cerrados y provenientes del estado que establecerían racionalmente toda relación humana, y lejos del cual no existiría mas producción de derechos.

No pretendemos con la presente investigación fundar doctrina en torno a la naturaleza de la personalidad de los entes morales, pero si queremos dejar claro, en lo que sea posible y proporcionalmente a nuestras posibilidades como estudiantes, que estos existen como un fenómeno connatural a la vida en sociedad y no como resultado de la voluntad del poder.

Hacemos énfasis en estas aseveraciones porque que consideramos el tema de vital importancia en estos tiempos en los cuales el pensamiento positivista, que reduce el derecho a la ley, convirtiéndolo en un sistema cerrado construido racionalmente que se nos presenta como la imposición del poder real, tiende a imponerse en la mayoría de los estratos del pensamiento jurídico.

Nos apegamos a las teorías de corte realista por considerarlas mejor sustentadas y en consonancia con la realidad que circunda los entes

morales. Pensamos que la tesis de Ferrara peca de positivista, la de Savigny pretende estructurar la regulación de los entes morales como una reacción ficticia con la cual el ordenamiento responde a determinadas situaciones de hecho que parecieran poder ser reguladas indiferentemente bajo otras convenciones jurídicas, y las teorías negativas de la personalidad se nos presentan con un grado de inconsistencia tan grande que acaban en el absurdo mundo de lo inconcebible jurídicamente.

Dentro de las teorías realistas, sin embargo, nos remitimos a la teoría de la Institución de Hauriou. Esta enfoca, en nuestro criterio, el asunto de los entes morales con mayor preclaridad, pues sus argumentaciones se fundamentan en afirmaciones antropológicas que permiten estudiar de raíz, y con mayor profundidad, cualquier institución a la hora de entender su significado y de buscar soluciones a los problemas que presenten. Este principio antropológico primero que rige el estudio de los entes colectivos de Hauriou es, sin lugar a dudas: “La naturaleza social del hombre como ser relacional que se estructura de manera colectiva, articulándose de una determinada manera que le posibilite alcanzar fines comunes y colectivos. En Hauriou la institución procede del hombre mismo. Hay funciones que conllevan a la creación de órganos que se hacen jerárquicos por dos causas, una eficiente y una final que se corroboran en dichos órganos. La primera se refiere a las indigencias del ser humano que por sus propias fuerzas no puede alcanzar algunos resultados que se presentan mas allá de las posibilidades individuales. La segunda se refiere al logro del bien común que es el elemento último al cual se dirige toda la actuación del individuo que convive en sociedad.

Por lo tanto, si no se comprende la naturaleza social del hombre y la presencia de una causa eficiente y una causa formal en todas las actividades humanas, no se podrá entender la naturaleza de los entes morales y el sentido de atribuirle a estos una personalidad jurídica; ya que no se estarían considerando los elementos mínimos necesarios que predominan en la realidad de los entes morales.



EDWARD COLMAN

## LA JUSTICIA

**Por: Edward Colman**

Estudiante de 2° año de Derecho en la  
Universidad Monteávila

### Apertura

El oficio del jurista tiene una íntima relación con la justicia. Sin duda el jurista, para ser fiel a su oficio y no corromperlo, necesita ser personalmente justo, en el sentido de amante de la justicia, pues de lo contrario daría alas a la injusticia y sustituirá la prudencia del derecho por la prudencia de la injusticia. Se habrá corrompido.

Preclaros pensadores de la filosofía han dejado sus reflexiones como legado acerca de este tema. Hombres del genio de Platón y Aristóteles se lanzaron a indagar el verdadero significado de esta virtud dejando huella en el derecho romano, por muchas vías, entre las que se puede nombrar a Cicerón y sus traducciones de estos clásicos.

Es necesario estudiar más de cerca la virtud de la justicia, así la general como la particular. Conceptos esenciales para lograr el máximo bien, el bien común.

### I. La definición de justicia

A lo largo de la historia son varias las definiciones dadas a la justicia, pero existe una que es la común y, seguramente, universal. Es, al mismo tiempo, la más antigua: la justicia es la virtud de dar a cada uno lo suyo, su derecho. Para llegar a esta identificación precisa de la justicia, dicha definición ha sufrido un proceso evolutivo, que es menester analizar brevemente.

El término de justicia, entonces la palabra griega *dike*, se hallaba diluido dentro del plano moral y el jurídico. *Dike* era usado para designar el orden cósmico, el orden de los seres y el orden social en la *polis*. Así *dike* o justicia tuvo un sentido de orden o armonía del mundo, de la ciudad y otro de bien de la persona. Existe un significado de orden concreto y otro de virtud.

## LA JUSTICIA

El hombre justo era el comerciante que no defraudaba en la mercancía, el banquero que cobraba intereses razonables, el juez que dictaba conforme a derecho. Pero lo era, también, aquel hombre lleno de virtudes.

La duplicidad de la justicia como virtud particular y la justicia como virtud total, no dio como resultado una doble noción de justicia, sino que ambas se entremezclaron.

El testimonio más antiguo de la fórmula clásica de la justicia es el de Simónides, recogido en *La República* de Platón. Lo justo consiste en “dar a cada uno lo que es debido”. Platón problematizó la fórmula y en cierto sentido la desfiguró, analizándola desde una óptica moral, más que jurídica.

En *La República*, el gran filósofo griego no desconoce a la justicia como la virtud de dar a cada uno lo suyo, pues expresamente lo menciona, pero no fija su atención en ella. Su idea de justicia es la armonía entre las clases de ciudadanos, cuando cada uno de ellos se dedica a su oficio y no a otro.

Platón, valiéndose del principio antropológico – la ciudad es el hombre en caracteres gruesos -, ve a la justicia como virtud personal análogamente con la ciudad, como la armonía entre las partes del alma. Cuando la razón, la ira y la concupiscencia hacen lo propio de ellas sin intervenir una con otra. Esto es, cuando la razón se perfecciona en prudencia, la ira en fortaleza y lo concupiscible se ordena a lo racional, naciendo la templanza. Esta armonía u orden, donde cada virtud hace lo suyo, es la justicia como virtud personal. Así, pues, la justicia no se refiere a la acción exterior del hombre, sino a la interior sobre sí mismo y a las cosas que hay en él.

La fórmula de justicia de Platón es esta: “hacer cada uno lo suyo”. Esta fórmula careció de continuadores. Platón con su definición de justicia explica el orden moral en el interior del individuo. Un equilibrio entre las partes del alma. Pero, ciertamente, no es lo mismo que cuando nos referimos al banquero, al comerciante o al juez justo. El sentido propio de la justicia no se da en el individuo mismo, sino en éste en relación con otros.

Luego aparecería quien sentó toda la base para la filosofía del derecho. Aristóteles con su teoría de las virtudes explicó impecablemente la justicia. Desarrolló aquel doble sentido de justicia que no lograba ser comprendido hasta su llegada. La dividió, acertadamente, en justicia como virtud particular – juez justo, comerciante justo, etc. – y la justicia como virtud total. Clases de justicia que analizaremos en el punto siguiente.

Cicerón, gran pensador romano, muy influido por la filosofía estoica, define la justicia de dos modos: dar a cada uno según su mérito y dar a cada uno lo suyo, siendo ambas definiciones equivalentes. Ha de destacarse que ya con Cicerón aparece la expresión “dar a cada uno lo suyo”, que entró definitivamente en la noción común de justicia.

Es con Ulpiano que surge la más conocida definición de justicia: “La justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho”.

Con la fórmula de justicia de Ulpiano, se gana en precisión y, además, se adquiere una dimensión jurídica. Se matiza que lo suyo de cada uno es su derecho. Se manifiesta mejor que en cualquiera de las definiciones precedentes un punto esencial: la primacía del derecho sobre la justicia, es decir, la justicia presupone derecho. Si la justicia consiste en dar a cada uno su derecho, es evidente que para que se dé la propia justicia es preciso que exista ese derecho, con respecto del cual se es justo.

El que la acción justa consista en dar a cada uno lo suyo, pasó a la literatura cristiana y se generalizó. La fórmula la encontramos extendida entre todos los Santos Padres. Pero con ellos se pierde la nota de juridicidad para extenderse a relaciones con Dios y aún consigo mismo. El sentido de justicia se desjuridifica y se moraliza.

La vuelta de la justicia a los juristas fue sobre todo obra de Santo Tomás de Aquino. Es la primera filosofía del derecho de envergadura después de la de Aristóteles, con la que armoniza y sigue fielmente a lo largo del tratado.

Para Tomás de Aquino la justicia es una virtud que se refiere siempre al otro, puesto que entraña igualdad y nada es igual a sí mismo, sino a otro. Por lo tanto ese orden interior, la justicia platónica, sólo es una justicia metafórica.

El Aquinate sigue y desarrolla acertadamente la clasificación hecha por Aristóteles. Distingue entre la justicia particular y la justicia general.

En cuanto a la descripción de la justicia, Aquino acepta la definición de Ulpiano, aunque la somete a ciertas precisiones. Lo que lo lleva a presentar la fórmula técnicamente más perfecta, si bien no es la más conocida y generalizada. La fórmula *ulpianea* define la justicia por su acto, pues la *voluntad perpetua y constante* quiere decir el acto de voluntad, dotado de firmeza por el hábito en que consiste la virtud. Al tratarse de definir una virtud, es más preciso sustituir el acto por el hábito, ya que una virtud es un hábito. La definición Tomista es la siguiente: "la justicia es el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho"<sup>1</sup>

Se puede decir que con el Aquinate se cierra el ciclo evolutivo de la definición común de justicia. Son muchos los comentarios que se han hecho a la definición tomista, pero no aportan sustanciales novedades, aunque sí discusiones en detalle.

Esta definición de justicia no procede de ninguna teorización, ni es lo que se pudiera llamar una noción culta. Es en cambio una noción vulgar, con la menor cantidad de palabras posibles, de un hecho de la realidad: las cosas están distribuidas, hay que dar a cada uno lo suyo y cumplir con esto es una virtud. Decíamos que no es una teorización, pues en efecto se limita a la descripción de un hecho: la existencia de un hábito del hombre (disposición constante y perpetua) en relación a un deber o precepto (dar a cada uno su derecho) que atañe a un hecho social: el reparto de bienes y cargas.

Con esto trata de mostrarse que la definición común de justicia no es derivada de corrientes o principios filosóficos determinados, ya que la hemos visto en boca de estoicos, aristotélicos y escolásticos.

La justicia de dar a cada uno lo suyo es una realidad, que sólo podría desaparecer si se alcanzase de hecho una sociedad totalmente colectivizada, todo de todos o de nadie, en la que por no haber reparto de cosas ni funciones, no existiría lo suyo de cada uno. Hipótesis por demás

<sup>1</sup> DE AQUINO, Santo Tomás: *Suma Teológica*, trad. por Emilio García y Lorenzo Jiménez. (Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1989). Tomo III. Parte II-II. q. 68. p. 480

quimérica, ya que la justicia de dar a cada uno lo suyo es algo connatural al hombre, una realidad inseparable de su existencia, que más que teoría es un hecho.

## II. Clases de Justicia

La Justicia es un término con varios significados, pero relacionados por un sentido principal en el que se dice el término. Como antes vimos, la noción de justicia se hallaba entremezclada. Fue Aristóteles con su teoría de las virtudes quien clasificó a la justicia como virtud particular y la justicia como virtud general.

Santo Tomás de Aquino se encargó, posteriormente, de darle aún mayor precisión a la clasificación hecha por el gran filósofo griego.

### 1. Justicia General

En este primer sentido de justicia, nos referimos a ella como virtud general. Como dice Santo Tomás de Aquino: “La virtud humana es la que hace bueno el acto humano y bueno al hombre mismo”<sup>2</sup>, lo que, acertadamente, es propio de la justicia.

La justicia general supone la virtud en cuanto se refiere al bien del otro y se ordena al bien de la comunidad. Esta virtud tiende al bien externo, no a una persona en sí misma, sino en cuanto a su relación con los demás. La justicia como bien de la *polis*, consistente en lo conveniente para la comunidad.

La justicia general, recibe el nombre, también, de Justicia Legal. Pues, “por medio de ella el hombre concuerda con la ley que ordena todas las virtudes del bien”<sup>3</sup>. Más o menos perfectamente según que las leyes sean mejores o peores. La ordenación de las conductas al bien común corresponde a las leyes de la comunidad, por lo cual la justicia general consiste nuclearmente en el cumplimiento de las leyes. Obviamente, nos referimos a una norma prudente, derivada de la razón de la autoridad y realmente ordenada al bien común.

<sup>2</sup> AQUINO, St. Tomás: *op cit.* p. 478

<sup>3</sup> AQUINO, St. Tomás: *op cit.* p. 480

La justicia general tiene un lugar en todos los aspectos en que un individuo pueda relacionarse con otros. Genera un orden en las relaciones, que se dan entre los sujetos en la sociedad. Este orden atiende al término medio. Dar lo suyo al otro, sin exceso ni déficit.

La Justicia en este sentido, no es tan sólo parte de la virtud, sino la virtud entera, la virtud perfecta. Esta ordenada al bien máximo, que es el bien común, el bien de toda la comunidad. Por eso es llamada también *virtud general*.

## 2. La Justicia Distributiva

La Justicia Distributiva obedece a un sentido particular, ya que ella no toca todas las virtudes sino parte de ellas. Siendo esta la distinción entre este sentido y el general. Ambas son justicia en cuanto van referidas a relaciones con miembros de la sociedad. “Pero una tiene por objeto el honor, el dinero o la seguridad, o algo que abarca todo esto si pudiéramos designarlo con un solo nombre, siendo su móvil el placer que resulta de la ganancia, y la otra tiene por objeto todo cuanto interesa al hombre de bien”<sup>4</sup>.

Así tenemos que, en este sentido, la justicia distributiva se refiere a la repartición de bienes y cargas entre los integrantes de una sociedad, según las responsabilidades y aportes que asuma en la misma.

La igualdad en la justicia distributiva no es aritmética sino geométrica. De hecho, al determinar la repartición de cargas y bienes en la sociedad es necesario, antes, analizar las cargas y responsabilidades de cada persona. No es una mera igualdad, sino una proporcionalidad. Además, los bienes y cargas otorgados no deben ser de tal cantidad, que mermen el ejercicio virtuoso de la función de la persona en la sociedad.

Entonces, lo *justo es lo proporcional*, y lo *injusto*, lo que va *en contra* de lo *proporcional*.

Un ejemplo de este sentido de justicia es el Presidente de una nación, a él se le rendirán honores y se le otorgaran privilegios, pues recae en sus hombros la responsabilidad de llevar las riendas del país.

<sup>4</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. por María Araujo y Julián Marias. (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970). Libro V. p. 73

En el Derecho actual, se puede decir que el encargado del cabal florecimiento y desarrollo de la justicia distributiva es el Derecho Público.

### 3. Justicia Conmutativa

La justicia conmutativa es aquella que existe en los intercambios, voluntarios e involuntarios, de bienes y de males entre las personas de la comunidad. Los intercambios son voluntarios cuando existe un mutuo consentimiento entre los mismos, como sucede en los contratos. Involuntarios en aquellos casos en que sólo una de las partes consiente, como es el caso del hurto, o cuando hay ausencia de consentimiento por ambas, por ejemplo en los accidentes de tránsito.

En este sentido de justicia se aplica una igualdad aritmética. Da lo mismo que un hombre bueno haya defraudado a uno malo o viceversa. La justicia sólo observa a la especie de mal causado, y trata por igual al que comete la injusticia y al que la sufre.

Es aquí cuando entra la figura del juez, que se va a encargar de lograr una igualdad. Existiendo una desigualdad, el juez procura igualarlos con el castigo quitando del lado de la ganancia y compensando al de la pérdida.

La justicia correctiva va a ser el término medio entre la pérdida y la ganancia. Refiriéndonos a ganancia como mayor bien y menor mal, y pérdida como lo contrario. Por esto en cualquier conflicto se va a un juez, que va a constituirse en una encarnación de la justicia. Él será el término medio. "El juez restablece la igualdad y es como si, de una línea cortada en partes desiguales, quitara a la mayor el trozo en que excede a la mitad y lo añadiera al segmento menor"<sup>5</sup>.

Con lo anteriormente expuesto, podemos llegar a la conclusión de que lo justo es un término medio entre una especie de ganancia y de pérdida, un tener lo mismo antes que después.

---

<sup>5</sup> *Ibidem*

## LA JUSTICIA

### Cierre

Así, podemos decir que lo que corresponde a cada quien en los distintos tipos de relaciones que tienen lugar en la comunidad, es la justicia. Se determina, según los casos, por una igualdad proporcional o aritmética.

Es necesario resaltar que la justicia tiene como característica primordial la alteridad. Es una virtud en relación al otro, que busca mantener y restablecer el orden social justo. Para ello atañe a los hombres, con querer y saber. Por una parte, saber, conocer los derechos de cada uno. Por otra parte, querer, cumplir las leyes y respetar los derechos.

Ya hemos analizado someramente la justicia, lo suficiente para percatarnos de que ella es una de las más brillantes y bellas de todas las virtudes. No sólo perfecciona a quien la practica, perfecciona a la sociedad entera. Está orientada al mayor de los bienes, al bien común.