

Derecho y Sociedad

**REVISTA DE ESTUDIANTES DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA**

EL DESAFÍO CULTURAL DEL SIGLO XXI

José Rodríguez Iturbe

LOS VICIOS, REACCIONAR Y PREVENIR (La Tarea Profunda de Educar)

Fernando Vízcaya Carrillo

LA TRIBUTACIÓN PETROLERA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Antonio Casas-González

LA UNIVERSIDAD DE NEWMAN

Gonzalo Rodríguez Matos

LA UNIVERSIDAD EN PELIGRO

Carlos A. Casanova

**CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA ORGANIZACIÓN
Y FUNCIONAMIENTO DE LOS PODERES PÚBLICOS**

Allan R. Brewer-Carías

REFLEXIONES SOBRE LA NUEVA ORDENACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN VENEZUELA

José Ignacio Hernández G.

LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS

María Amparo Grau

LA TUTELA CAUTELAR DE URGENCIA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Román J. Duque Corredor

BASES CONSTITUCIONALES DE LA EDUCACIÓN

Gustavo José Linares Benzo

**ALGUNOS LINEAMIENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**

Vicente Villavicencio

OBSERVACIONES AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO Y SU TEXTO

Ricardo Henríquez La Roche

CAPACIDAD JURÍDICA DE LA MUJER EN LA REPÚBLICA Y EN EL IMPERIO

Geraldine García González

EL MATRIMONIO

José Antonio Torrealba Ramírez

FORMAS ORIGINARIAS DE ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO JUSTINIANO

Stefanía Level Barreto



EL DESAFÍO CULTURAL DEL SIGLO XXI

José Rodríguez Iturbe

La cultura dominante

Estudios recientes¹ ponen de relieve como, en pleno auge de la globalización, puede constatarse una pérdida de las identidades acompañada con una sensación creciente de incertidumbre generalizada. El siglo XXI parece requerir, si se desea que sea armónico, pacífico y justo (en la medida imperfecta en que históricamente puede alcanzarse la armonía, la paz y la justicia), la redefinición (que no la eliminación) del Estado, el vigor institucional de las sociedades (comenzando por el reforzamiento de la institución social básica, la familia, tan deliberadamente golpeada por la mercantilización de la *cultura de la muerte* [antinatalismo, aborto, prostitución, pornografía, hábitos *contra natura*] y por cierta burocracia onusiana [de la ONU] a su servicio), la reformulación de las relaciones no prioritariamente monetaristas entre economía y cultura, etc. Se plantea, nada menos y nada más, que la búsqueda de *nuevas dialécticas sociales y políticas* y la superación del individualismo liberal, proclamado como falso dogma, en base a supuestos economicismos, a la caída del mundo bipolar, al fin de la guerra fría.

El mundo de la postguerra fría es el mundo de la hegemonía de los Estados Unidos. Ya, con la globalización, no se habla de gobierno mundial sino de gobernabilidad²; y, como ha sido destacado, dadas las características histórico-políticas del comportamiento norteamericano, lucen difíciles aunque necesarias, las relaciones y el buen entendimiento (algunos llegan a hablar de matrimonio) entre la ONU y los Estados Unidos³.

El individualismo liberal proclamó, con perseverancia digna de mejor causa, un malthusianismo fundamentalista, que contribuyó a la

¹ Cfr. el conjunto de ensayos agrupados en los volúmenes del *RAMSES 2000 (L'entrée dans le XXI^e siècle)*, París, 1999, y del *RAMSES 2001 (Les grandes tendances du monde)*, París, 2000, editados por el IFRI (Institut Français des Relations Internationales) bajo la dirección de Thierry de MONTBRIAL y Pierre JACQUET.

² Cfr. MONTBRIAL, T. de, *Perspectives à la fin du millénaire*, en *RAMSES 2001*, cit., p. 11.

³ Cfr. MOÏSI, D., *États-Unis: le wilsonisme à l'épreuve de la mondialisation*, en *RAMSES 2001*, cit., pp. 183 y ss; particularmente, pp. 187 y ss.

degradación personal y familiar y a la extensión social de la violencia en las naciones que aspiraban a un mayor bienestar (las de América Latina son buen ejemplo de ello). Las sociedades del bienestar dejaron de atender a la verdad de la persona y se dedicaron a imponer el darwinismo socio-económico y político con una desgraciada ingravidez ética.

Así, por ejemplo, la reducción del concepto de *familia* al de *pareja estable* ha 'permitido todas las desgraciadas combinaciones de género que la imaginación pueda aportar'. Ya la familia, para estos heraldos de la decadencia de un Bajo Imperio en el *fin de la historia*, no está formada por la unión estable del varón y la mujer, para la procreación y la mutua ayuda, con vínculos perdurables durante toda la vida de los cónyuges, aportados por la ley natural y la ley de Dios, sino que la *pareja* admite, al menos, cinco acepciones (varón-mujer, varón-varón, mujer-mujer, varón-mujer bisexual, varón bisexual-mujer). La concesión del derecho de adopción a las parejas homosexuales en Europa garantiza la corrupción temprana del niño adoptado. Los escenarios de la llamada *post familiar family* lindan con toda una tipología de las aberraciones. Ellos, sin embargo, se proclaman y difunden laudatoriamente, en base al fundamentalismo secularista de lo *políticamente correcto*, enarbolados por minorías fanatizadas e intolerantes, dedicadas, en su tarea respaldada por dinero y poder, a preparar el más tremendo estallido de violencia.

⁴ Fernando LÁZARO CARRETER, de la Real Academia Española de la Lengua, escribía en su artículo *Visperas Navideñas*, (en *El País*, n. 1675, Madrid, 3 diciembre 2000), hablando de las agresiones al idioma, se refería a la expresión *violencia de género*, y decía: "También he procurado enterarme sobre qué hace aquí ese género, y de las averiguaciones resultan probados los siguientes hechos: a), en inglés, el vocablo *gender* significa, a la vez, 'género' y 'sexo'; sabemos todos que, en las lenguas románicas, estos términos tienen significados muy distintos, gramatical el uno y biológico el otro. Y que, además, no siempre se corresponden: *criatura*, *personaje* o *víctima*, voces gramaticalmente femeninas, pueden nombrar indistintamente a un varón o a una mujer; a la inversa, *marimacho*, palabra de género masculino ordinariamente, se aplica sólo a mujeres; y *cocinilla*, diminutivo del femenino *cocina*, sirve para descalificar a un varón 'que se entromete en cosas, especialmente domésticas, que no son de su incumbencia', según la Academia; un *encanto*, vocablo masculino, puede remitir tanto a una dama como a un caballero; y un *solete* será una cosa u otra según hablen de él o de ella; b) en el Congreso sobre la Mujer celebrado en Pekín en 1995, los traductores de la ONU dieron a *gender* el significado de 'sexo'; así incluían también a los transexuales, que, siendo hombres de cuerpo, se sienten mujeres, o a la inversa: también se ceba la violencia contra sus personas". Y agrega: "La solución, inmediatamente aceptada por algunos siervos de la lengua inglesa, satisfará, tal vez, a quienes tienen que vivir en tal contrariedad, y sería aceptable si no hiriera el sentimiento lingüístico castellano (y catalán, portugués, italiano, francés, etcétera) donde se diferencian muy bien cosas tan distintas como son el género y el sexo. (...) Hablar de violencia de género parece demasiada sumisión a los dictados de la ONU, autora de tantos desmanes lingüísticos".

Sobre la *coalición ideológica del género*, cfr. el amplio y excelente desarrollo de SCHOOYANS, M., en *L'Évangile face au désordre mondial*, Paris, 1997, sobre todo el cap. II, pp. 35-49. Esta obra tiene el Prefacio del Cardenal Joseph Ratzinger.

Ya se ha pasado de la teoría a los hechos. En Holanda, por ejemplo, el Parlamento aprobó una ley que en expresión del Cardenal Adrian Simonis, Obispo de Utrech, “degrada el matrimonio”. La misma resultó aprobada en la Cámara de Diputados en septiembre del 2000 y definitivamente aprobada en el Senado (49 a favor; 26 en contra) en diciembre del 2000. El nuevo texto legal aprueba el matrimonio entre personas del mismo sexo y ofrece a tales parejas la posibilidad de adoptar niños. La iniciativa legal correspondió al gobierno de la alianza entre socialistas y liberales del gobierno del Primer Ministro Wim Kok. También por iniciativa gubernamental, en Holanda, desde fines de noviembre del 2000, se había legalizado la eutanasia (que, al parecer ya se aplicaba *de facto* desde hacía un tiempo, con absoluta tolerancia gubernamental) incluso para los niños⁵.

En Gran Bretaña, el 19 de diciembre del 2000, fue aprobada (con una amplia mayoría en la Cámara de los Comunes: 366 a favor y 174 en contra), una ley que autoriza la experimentación con embriones humanos y utilizarlos como materia prima en tratamientos médicos. La ley establece como condición para traficar con fetos que tengan menos de 14 días. El Obispo Elio Sgreccia, Director del Instituto de Bioética de la Universidad de Roma y Vicepresidente de la Academia Pontificia para la Vida, declaró en *Radio Vaticana* que la decisión de los Comunes constituye “uno de los hechos más catastróficos de este final de milenio, pues legitimar con objetivos experimentales la supresión de criaturas humanas, representa un trauma para la humanidad que se presenta por primera vez”. Sgreccia añadió: “Para producir las así llamadas *células madres* (o estaminales) que deberían servir para curar a otras personas –algo que todavía está por demostrarse- se suprimen seres humanos. No se trata simplemente de un órgano que es extraído de un ser humano para ser trasplantado a otro. Nos encontramos aquí ante la supresión de seres humanos para sacar células que serán injertadas en organismos adultos”. Al señalar que la iniciativa británica viola las convenciones europeas en materia de bioética, el Vicepresidente de la Academia Pontificia para la Vida dijo que, al parecer “los Estados europeos han redactado inútilmente convenciones para prohibir la experimentación del hombre sin su consentimiento”. Lo que no vaciló en calificar como “hecho delictivo y catastrófico para el futuro de la humanidad” no es percibido, tristemente,

⁵ Cfr. *La Religión*, n. 41.088, Caracas, sábado 23 de diciembre de 2000.

como tal por la opinión pública. “Se ha querido justificar la propuesta afirmando que los embriones antes de 14 días no serían seres humanos – declaró el Obispo Sgreccia-, pero aquí, desde mi punto de vista, se da, además de un delito contra la vida, un delito contra la verdad. Se ha hecho a propósito una proposición pseudocientífica afirmando que no son seres humanos. Pero ¿por qué serían hombres después del decimotercer día y no antes. En estos días en los que celebramos el valor de la vida humana al pensar en el Hijo de Dios que se hizo hombre [la declaración fue hecha en vísperas de la Navidad], la conciencia cristiana tiene que ser consciente de que no puede callar ni permanecer indiferente, pues resulta necesario cancelar esta decisión de la historia europea. Si no se da marcha atrás, supone un torbellino que engullirá a seres humanos”⁶.

No se puede, sin que ello traiga terribles consecuencias, pretender sustituir a Dios, ni negarlo con una prepotencia tal que termina, en la práctica histórica, por aniquilar la dignidad humana. Y cuando se pretende dictar a la naturaleza leyes, ignorando o violando sistemáticamente aquellas que le dio su Creador, la misma naturaleza, más pronto que tarde, recuerda a los soberbios que carecen absolutamente de originalidad, pues basta para encontrar la pauta de su acción releer en el Génesis la tentación que precede a la caída de nuestros primeros padres, Adán y Eva (aquel *seréis como dioses*, que susurró el Maligno).

La recesión demográfica

La primera de las consecuencias, para el inicio del siglo XXI, parece ser la *recesión demográfica planetaria*, con una sub-fecundidad y una hiperlongevidad en las grandes naciones industrializadas, que poseen (cada día con características más graves) unas pirámides poblacionales absolutamente invertidas. Los países industrializados de la Europa Occidental, Estados Unidos y Canadá, y, por supuesto (incluso con índices más agudos) Japón, encontrarán, ya a mediados del siglo XXI, serios problemas para mantener el funcionamiento de sus economía y, con ello, para mantener las primacías regionales y mundiales en el orden político y militar. El riesgo, por tanto, no deriva del surgimiento de poderes paralelos y antagónicos, sino de la propia vulnerabilidad derivada de pirámides poblacionales invertidas, buscadas deliberadamente bajo la luz de erróneo faro del egoísmo individualista.

⁶ Cfr. *La Religión*, n. 41.090, Caracas, martes 26 diciembre de 2000.

Parece, además, generalmente admitido que, hasta bien entrado el siglo XXI, el 95 % del crecimiento poblacional tendrá lugar en los países en vías de desarrollo. África, p. e., que para 1950 tenía una población total que era sólo la mitad de la población de Europa, tendrá para el 2.025 *tres veces más* población que el Viejo Continente. América Latina será, para entonces, el continente más *urbanizado* -entre el 75 y el 85 % de su población vivirá en ciudades- y estarán en su geografía las dos megaciudades más pobladas del planeta: México (24,4 millones de habitantes) y Sao Paulo (23,6 millones de habitantes) ⁷.

Sobre una muestra de 59 países ⁸ de la segunda mitad de los 90, los datos por regiones muestran, sin embargo, la extensión política de la mentalidad antinatalista difundida por la ideología liberal de mercado.

En las referencias a 16 países de Europa Occidental, sólo 2, Austria (1,3 %) y Turquía (1,8 %) superan el 1 % en crecimiento poblacional. 4 (Bélgica, Grecia, Portugal e Italia) están en 0 %. En 0,2 % aparecen 2 (Finlandia y España). En 0,3 %, 4 (Francia, Irlanda, Suecia y el Reino Unido). En 0,4 % sólo Dinamarca. En 0,5 % sólo Noruega.

En la Europa Central y Oriental el reflejo estadístico es aún más lamentable. Tienen, en efecto, crecimiento negativo 5 países (Estonia, -0,6 %; Letonia, -1,4 %; Bulgaria, -0,4 %; Rumania, -0,2 %; y Rusia, -0,1 %). Tienen crecimiento 0 % tres países (República Checa, Hungría y Eslovaquia). Llega al 0,1 % Lituania; al 0,2 % Polonia; y al 0,3 % Ucrania.

En la América del Norte aparecen Estados Unidos con 1 % y Canadá con 1,3 %.

En la Región Asia-Pacífico los datos son los siguientes: Sólo Malasia (2,6 %) y Pakistán (2,7 %) superan el 2 %. Con el 2 % aparecen la India, Filipinas, Singapur y Vietnam. Superan el 1 sin llegar a 2 tres países: Indonesia (1,7 %), Tailandia (1,3 %) y Australia (1,1 %). En el

⁷ Cfr. KENNEDY, P., *Preparing for the Twenty First Century*, New York, 1993, pp. 26 y ss. También JUNTA INTERAMERICANA DE DEFENSA, Comisión Transitoria de Seguridad Hemisférica, *Aportes para definir el concepto de Seguridad Hemisférica*, cit., ibídem.

⁸ Cfr. *The World in the 1997*, publicación edit. por *The Economist*, London 1996, pp. 83-90. La muestra estadística es de 60 países, pero en los índices de el Líbano, no se señalan las variantes de la población.

EL DESAFÍO CULTURAL DEL SIGLO XXI

1 % está Nueva Zelanda. Y bajo el 1 % China (0,8 %), Kazastán (0,6 %), Corea del Sur (0,9 %), Taiwan (0,9 %), Japón (0,2 %) y Hong Kong (0,2%).

De los 4 países de América Latina reseñados el de más alto crecimiento poblacional es Venezuela (1,9 %), seguido de México (1,8 %), Colombia (1,6 %) y Chile (1,5 %).

En el África sub-sahariana los porcentajes, vistos los anteriores, son comparativamente altos: Zimbabwe, 3 %; Nigeria, 2,8 %; y Sur África, 2,5 %. En África del Norte y Medio Oriente la muestra indica, excepto en Israel, una tendencia de crecimiento poblacional superior al promedio mundial. Estos son los datos en orden decreciente: Arabia Saudita, 3,5 %; Jordania, 3 %; Irán, 2,9 %; Argelia, 2,8 %; Irak, 2,3 %; Egipto, 2,1 %; e Israel 1,7 %.

El problema que representa a corto y mediano plazo para las economías de los países industrializados el decrecimiento real de sus poblaciones es muy grande. Además, la vulnerabilidad que tal decrecimiento les genera respecto a los grandes flujos migratorios (controlados o no; legales o ilegales) es ya un fenómeno de cierta magnitud en los Estados Unidos y en Europa Occidental.

El temor, la inestabilidad y la violencia

Por ello (a no ser que se produjera un viraje radical de tendencias lo cual, desgraciadamente, no parece previsible), la globalización actual difícilmente llevará al *desarrollo sustentable* y a la *superación de las desigualdades*. El siglo XXI se inicia con tal herencia de violencias y genocidios y con tal actitud revulsiva frente a la verdad, por parte de algunas *élites* dirigentes y ciertas opiniones públicas, que el Occidente (hasta ahora regido en todos los campos por los países altamente industrializados) puede experimentar, paradójicamente en pleno ámbito de la *sociedad de información*, una inseguridad rayana en el temor colectivo, sin que ello (hasta ahora, aparentemente) lo conduzca a la búsqueda de la nueva regulación social que permita asentar la paz sobre la justicia en el marco de las relaciones sociales e internacionales.

Los avances tecnológicos y las nuevas capacidades derivadas de la información no aseguran al hombre contemporáneo contra la violencia. El acceso a la *sociedad de información* o la marginación respecto a ella producirá, sin duda, una *nueva geografía*. Ella, sin embargo, no supondrá, por sí misma, la eliminación de la violencia antihumana, sino una *nueva ubicación geográfica de la violencia*.

Lo más triste y peligroso es que no resulta exceso de imaginación suponer que la búsqueda de la paz se pretenderá (equivocadamente) por los detentadores máximos del bienestar y de la información en un enclaustramiento que los aisle de los problemas. Ello no será posible porque su bienestar y su poder tecno-científico en el marco de la *sociedad de información* están en relación directa con su vinculación y capacidad real de ejercicio de su poder de negociación en todos los ordenes con el mundo que no posee las claves de su preeminencia.

Pareciera, por tanto, que la entrada al siglo XXI se hace bajo el signo de la inestabilidad y bajo el riesgo de violencia generalizada en un marco de desigualdades crecientes. Una de las mayores paradojas de la *sociedad de la información* está en que el impacto organizacional y económico generado por todos los avances comunicacionales no ha contribuido, de manera sustancialmente positiva, a la personalización de las relaciones y a la auténtica humanización comunitaria de la vida social y política. La grandeza material y la miseria moral de las grandes democracias de las naciones altamente industrializadas, en las cuales las ventajas comparativas de la *sociedad de la información* están mucho más extendidas. Ello supone un reto a la renovación espiritual y cultural de un mundo anímicamente empobrecido.

La *sociedad de la información* pareciera significar el *canto del cisne* de la modernidad y la posmodernidad. Cuando William Ophuls hablaba de la *entropía moral* hacía referencia paradigmática a la *revolución filosófica* de Hobbes, a la *política burguesa* de Locke, a la *economía de mercado* de Smith y a la *crítica paradójica* de Marx. Para él esa *entropía moral* suponía la destrucción de la sociedad civil y expresaba la tragedia de la política de la modernidad⁹. Este mismo autor ha hablado del *barbarismo electrónico*, uno de cuyos nefastos efectos había sido la desvirtuación del auténtico pluralismo en hiperpluralismo y en un

⁹ Cfr. OPHULS, W., *Requiem for Modern Politics*, Boulder, 1997, pp. 29-56.

faccionalismo favorecedor de la anomia y la disgregación social. La utilización sin un sentido ético del poder de los *mass media* ha provocado, a menudo, no sólo la ausencia de la clásica *areté* ciudadana, como fuerza virtuosa que lleva al recto comportamiento social, sino la muerte misma del ciudadano; porque un ciudadano sin *sindéresis* es una contradicción en los términos. La falta de sentido ético en la utilización de los *mass media* ha llevado, en muchas de las democracias modernas, a la destrucción de la razón política.

Ophuls habla de la *afluencia falaz*¹⁰ y de la *abundancia fraudulenta*¹¹, así como del paradójico empeño de racionalizar el irracionalismo¹², producto del vértigo espiritual y del nihilismo cultural¹³. Indica, también, cómo la abundante información y la idiotez cultural pueden no ser antagónicas¹⁴; y cómo, sofisticadamente, avanzábamos hacia lo que, con gran carga irónica, denomina el Reino de Ignorancia Universal¹⁵.

La idolatría ha sustituido a la ideología y, en medio de todo el avance tecno-científico de la sociedad de la información, estamos contemplando el pase del racionalismo despótico al despotismo político¹⁶. Ophuls utiliza una semántica llamativa y atrayente. En la sociedad de la información el intento de una democracia sin valores, la pretensión de imponer una ética relativa (no absoluta) y subjetiva (no objetiva) conduce a una dialéctica intrínsecamente totalitaria propia del *Estado Psicópata*. Porque el *Despotismo Democrático* (*aggiornamento* modernista del *Despotismo Ilustrado*) se afina en una visión cromegálica y tutelar del poder, donde no importa tanto que el poder esté cimentado en la *auctoritas* sino que se apoye en la *Nomenklatura* democrática. La tragedia del liberalismo individualista propio de la modernidad y de la posmodernidad se plasma a menudo en la reducción de la gobernabilidad, como desafío político, a la simple administración. La administración, si bien es una de las exigencias de la gobernabilidad no la agota ni la abarca.

¹⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 121 y ss.

¹¹ Cfr. *ibidem*, pp. 150 y ss.

¹² Cfr. *ibidem*, pp. 198 y ss.

¹³ Cfr. *ibidem*, pp. 194 y ss.

¹⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 199 y ss.

¹⁵ Cfr. *ibidem*, p. 203.

¹⁶ Cfr. *ibidem*, p. 211

Aunque uno pueda coincidir con algunos de los diagnósticos de Ophuls, ciertamente resulta difícil compartir muchos de sus razonamientos y soluciones. Agudo en sus críticas no logra, a mi modo de ver, superar radicalmente los supuestos de la cultura de la modernidad. Sin la valerosa recuperación del sentido cristiano de la persona, sin el redescubrimiento de la dimensión trascendente a la cual el ser humano, hecho a imagen y semejanza de Dios, está llamado, las interrogantes seguirán abiertas, más no encontrarán respuestas coherentes y satisfactorias. Y el vacío existencial, las injusticias personales y sociales y los desequilibrios y faltas de armonía irán en aumento. Y los riesgos de violencia y destrucción también.

El formalismo del procesalismo democrático puede engendrar y alentar una gran violencia antihumana. A los pocos días de clausurarse en Roma el Congreso Eucarístico Internacional del Año Jubilar, el 29 de junio del 2000, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó un fallo lamentable que declaraba inconstitucional una legislación de un Estado que consideraba delito el aborto del feto con seis meses de gestación. Tal fallo, posiblemente, afecte a legislación semejante existente en otros 29 Estados de la Unión norteamericana. Se calcula que cada año se realizan en la nación más poderosa de la tierra unos 10 millones de abortos. Cada dos años se alcanza y se supera, así, por la vía de *homicidios legales*, sólo en los Estados Unidos, el número de muertos de la II Guerra Mundial. La expresión más dantesca de la cultura de la muerte está, de esa manera, presente, legalizada y cada vez más impuesta por la fuerza de una positividad arbitraria y profundamente antihumana, ocupando un papel relevante en la dinámica social y política de un país que está a la cabeza del orbe en adelanto tecnológico y científico y en poderío económico y militar.

Quiera Dios que la historia del siglo XXI sea, a la postre, la sustitución del crimen y la estupidez globalizada por la rectitud moral globalizada, que lleve no sólo al reconocimiento de una ley natural (lo cual ya sería mucho), sino también al reconocimiento, aceptación y proyección social y política de la verdad sobre el hombre y la verdad sobre Dios.

En estos días se hace patente la crisis del humanismo no cristiano. Es la crisis de un fundamentalismo secularista que, por la vía de la

radical negación de la trascendencia, aspira hacer del hombre referente absoluto de sí mismo, causa final del hombre mismo. Ese intento de humanismo no cristiano ha producido, en cuanto anticristiano, desgraciados frutos de intolerancia y regresión. Se le pueden atribuir, sin exceso retórico, todas las amargas manifestaciones antihumanas de la llamada *cultura de la muerte*.

La técnica y la persona

Fue José Ortega y Gasset quien, desde una óptica liberal, afirmó en 1914, en *Meditaciones del Quijote*, con su atrayente estilo castellano, “Yo soy yo y mi circunstancia”. La frase ha sido repetida hasta la saciedad, en la afirmación de un individualismo que, muchas veces, tiene poco de orteguiano. Porque si bien sería exagerado pretender encontrar en el pensamiento de Ortega las nacientes de una nueva afirmación de la persona, extraviada en las divagaciones del positivismo y de muchas de las manifestaciones antipositivistas, en Ortega se encuentra, sin duda, una clara advertencia contra el tecnocratismo y la pretensión de sustituir la moral por la técnica que, en función de la utilidad, ha marcado torcidamente la decadencia contemporánea.

Así, escribió en *La rebelión de las masas*, (1939): “Se vive con la técnica, pero no de la técnica. Esta no se nutre ni respira a sí misma, no es *causa sui*, sino precipitado útil, práctico, de preocupaciones superfluas, imprácticas”¹⁷.

Ortega distinguía dos clases de personas: “las que se exigen mucho y acumulan sobre sí mismas dificultades y deberes, y las que no se exigen nada especial, sino que para ellas vivir es ser en cada instante lo que ya son, sin esfuerzo de perfección sobre sí mismas”¹⁸. Él entendía que en la sociedad democrática se experimentaba una pérdida de la diferenciación social y la colocación de la igualdad, no ya como aspiración jurídico-política, sino como fuente de eticidad, en cuanto la determinación de la bondad estará determinada por la mayoría popular. Con ello

¹⁷ ORTEGA Y GASSET, J., *La Rebelión de las Masas*, en *Obras Completas*, Madrid, 1946, IV, p. 197. El ensayo filosófico fundamental de Ortega sobre la técnica es *Meditación de la Técnica* (cfr. *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*, Madrid, 1989).

¹⁸ ORTEGA Y GASSET, J., *Obras Completas*, IV, cit., p. 146.

aflojan muchísimos problemas, bastantes de los cuales están aún prácticamente sin resolver, en cuanto la aversión al absoluto de la cultura prometeica ha llevado al constante empeño de búsqueda de técnicas de elaboración social que pongan de relieve la limitación patente de la condición humana, más que la ardua búsqueda de la verdad que de al ser humano razón de sí mismo, de su ser y de su existir. La hiperdemocracia, bien se sabe, supone la igualación social por el rasero bajo, constituyéndose entonces el ideal político del individualismo liberal en obstáculo real para el desarrollo perfectivo de la persona en su existir social.

El intento de Ortega puede resumirse diciendo que pretendió mostrar la posibilidad de un humanismo tecnológico sin desconocer las graves desviaciones a las cuales podía conducir la idolatría de la técnica. Captó, sobre todo, que el avance tecno-científico no representaba por sí mismo un rango de bondad ética. En este sentido (y con todas sus limitaciones) puede decirse que en Ortega se expresa la captación de la crisis de la modernidad. A las masas, dijo, “se les han dado instrumentos para vivir intensamente, pero no sensibilidad para los grandes deberes históricos”¹⁹.

El reconocimiento de la normatividad ética constituye, sin duda, uno de los puntos de avance del reconocimiento de la dignidad de la persona y de madurez de los procesos culturales. Algunos han intentado replantear el individualismo con la crítica a la organización social de las apariencias. Tal, me parece, es el caso de Gilles Lipovetsky con *El Imperio de lo Efímero*²⁰.

Carl Mitcham, por su parte, ha señalado que “la moda y el espectáculo suplantán a la auténtica creatividad interna”²¹. Ya desde la antigüedad clásica Aristóteles (*Ética a Nicómaco*, VI, 4: 114a11) distinguía la *poiesis* [producción] de la *praxis* [conducta cargada de sentido y finalidad]. La técnica y la prudencia son las virtudes intelectuales relacionadas con esas dos actividades humanas. La técnica es una capacidad de hacer que supone un *habitus* inteligente. Pero como dice Mitcham,

¹⁹ *Ibidem*, p. 173.

²⁰ Cfr. LIPOVETSKY, G., *El imperio de lo efímero (La moda y su destino en las sociedades modernas)*, Barcelona, 1996.

²¹ Cfr. MITCHAM, C., *La transformación tecnológica de la cultura*, en *Revista de Occidente*, 228, Madrid, mayo 2000, p. 37.

“(…) hoy un medio técnico mucho más homogéneo se presenta como el reino no de una libertad profunda, sino de unos deseos superficialmente competitivos”²².

Reaparición de los fantasmas del pasado reciente. La polémica sobre Sloterdijk

Cuando la decadencia moral permite la coexistencia de un elevado bienestar material, un alto desarrollo tecno-científico y la permisividad y legitimidad de cualquier manifestación de comportamiento contra natura, no es de extrañar que más allá de la práctica de conductas torcidas y de su aceptación y difusión social, se llegue, en el orden de la teoría, a la afloración de los antiguos fantasmas de la actitud prometeica, con algunas pretensiones de novedad intelectual. La sublimación de las aberraciones, antiguas o recientes, pueden ser presentadas como alcabalas del porvenir y pretenderse, encubierta o descaradamente, la absolución histórico-política de fenómenos trágicos que causaron auténticos genocidios. Todo ello luce como el primer esfuerzo en la exaltación paradigmática de realidades que no sólo fueron fenómenos contra la cultura, sino fenómenos de la cultura: de la cultura de la modernidad y de la posmodernidad, llevada a su desarrollo más extremo en su afirmación de antropocentrismo radical, negado a toda trascendencia. No es sólo la postura atea, sino la del antiteísmo militante. El odio a Dios, convertido en política de Estado y pretendiendo la imposición brutal de la sustitución de Dios por el Hombre. El fundamentalismo secularista muestra, cada vez con mayor descaro, su pretensión de manipulación del ser humano, desde su propia raíz. La nueva ingeniería social busca cimentarse en una antropología cuya finalidad es un pseudo darwinismo social, compatible con cualquier racismo redivivo, en el cual los mitos de los totalitarismos del siglo XX, con sus ambiciones de poder y control, reaparecen descarnadamente. En esa óptica debe considerarse, a mi entender, la llamada polémica sobre Sloterdijk, que ocupó en 1999 el ámbito académico alemán y logró difusión hispánica en el 2000.

Peter Sloterdijk, Profesor de la Universidad de Karlsruhe (en la Hochschule für Gestaltung de Karlsruhe) dio una conferencia, en el castillo de Elmau, en Baviera, dentro del ciclo Filosofía al final de siglo (Más allá del ser. Exodus from Being. El giro ético-teológico de la filoso-

²² *Ibidem*, p. 48.

fia después de la destrucción heideggeriana de la ontología). Participaron filósofos de Alemania, Argentina, Estados Unidos e Israel. La conferencia de Sloterdijk tuvo lugar el 17 de julio de 1999. Se intituló Reglas para el parque humano. Una carta de respuesta a la 'Carta sobre el Humanismo' [de Martin Heidegger]. La versión inicial de la exposición de Sloterdijk había sido presentada el 15 de junio de 1997, en Basilea, en un encuentro sobre la actualidad del humanismo.

José Luis Molinuevo, al presentar a los lectores de lengua castellana las incidencias del debate generado por la conferencia de Sloterdijk, se pregunta si estamos ante el fin del humanismo²³. Destaca las *cuatro ideas fundamentales* de la conferencia de Sloterdijk²⁴:

1. Los humanismos han tenido como función *domesticar* a los seres humanos mediante la lectura. Han buscado el dominio de sus instintos *bestiales*. Para ello crearon una serie de privilegiados que “se escriben unos a otros extensas cartas bajo la forma de libros”. Los filósofos fueron sus iniciadores. Tiene su auge de 1789 a 1945 coincidiendo con el desarrollo de las naciones. [Parte del estupor, sobre todo en los intelectuales israelíes presentes, se debió, al parecer, a sus opiniones sobre el renacer o rebrotar del humanismo en aquellos que calificó como los *años tenebrosos posteriores a 1945*].
2. “La época del humanismo nacional y burgués ha llegado a su final”. La sociedad literaria ya no es modelo de las complejas sociedades contemporáneas (complejidades económicas, políticas y tecnológicas).
3. El acierto de Heidegger en su *Carta sobre el humanismo* fue buscar la esencia de lo humano más allá del humanismo y plantear la cuestión acerca de *quién domestica* a los seres humanos habiendo fracasado el humanismo. Su insuficiencia deriva de que su propuesta no pasa de esos “juegos pastorales ontológicos”, según los cuales el hombre es empleado por el

²³ Cf. MOLINUEVO, J. L., *¿Fin del Humanismo?*, en *Rev. de Occidente*, 228, Madrid, mayo 2000, pp. 75-79.

²⁴ Cf. *Ibidem*, p. 77.

Ser como cuidador y portavoz, pero es el Ser el autor de las “cartas esenciales” de las cuales Heidegger es el amanuense; por eso sólo quien está en su “luz” puede ser considerado elegido y participante de las decisiones esenciales.

4. Sloterdijk propuso, siguiendo el espíritu (no la letra) de ese Ser de Heidegger que emplea y selecciona al hombre, nada menos y nada más que un control y selección de humanos. “Los medios son los que ofrece la biotecnología y para ello sugiere formular un ‘código antropotécnico’, dejando abierta una ‘antropotecnología’ en la que pueda cambiarse el ‘fatalismo del nacimiento’ por un ‘nacimiento opcional’ y una ‘selección prenatal’ ”. Sloterdijk considera que desde Platón los discursos educativos sobre la comunidad humana se refieren a un parque zoológico.

La peculiar terminología de *domesticación, selección, cría*, etc. referida a seres humanos generó la parte más áspera de la polémica. Thomas Assheuer publicó el 2 de septiembre del 99, en *Die Zeit*, su visión crítica: *El proyecto Zarathustra. (El filósofo Peter Sloterdijk reclama una revisión genético-técnica de la humanidad)*. Allí dice a Sloterdijk que, siguiendo su planteamiento, “las fantasías de selección biopolítica toman el relevo de las utopías de justicia”, sustituyendo por el conformismo el *tandem* libertad-responsabilidad. Por su parte Ernst Tugendhat, en su artículo *No hay genes para la moral. (Sloterdijk trastoca la relación entre ética y técnica genética)* (aparecido en *Die Zeit*, el 23 de septiembre del 99) señala que en el planteamiento de Sloterdijk se opera la sustitución radical de la ética por la genética. (Según Sloterdijk, la *crianza* engendrará su propia *moral* [¿?]). No deja de indicar Tugendhat que términos como *selección genética* recuerdan la “rampa de Auschwitz”.

Thomas Assheuer publicó, a su vez, criticando a Sloterdijk, un escrito titulado *El proyecto Zarathustra*²⁵. “Sloterdijk quisiera poner fin – dijo- con un trompetazo a las hostilidades entre filosofía y ciencias de la naturaleza, para reconciliar el saber con el espíritu, la filosofía con las ciencias. Imagina una comunidad, libre de ataduras democráticas, donde trabajarían de consuno auténticos filósofos y competentes técnicos en

²⁵ Cfr. ASSHEUER, Th., *El Proyecto Zarathustra*, en *Revista de Occidente*, 228, Madrid, mayo 2000, pp. 80-88.

genética, los cuales no se dedicarían a elucidar cuestiones morales, sino que tomarían medidas prácticas. A esta asociación de elite le cabría la tarea, mediante un proceso de selección y cría, de preparar la revisión genética de la historia de la especie. Así es como el más bello sueño de Nietzsche estaría a punto de hacer realidad la fantasía del superhombre anunciada por Zaratustra²⁶. Justifica la selección genético-técnica por el aumento del potencial de barbarie de la civilización: lo que llama “cotidiano embrutecimiento de los hombres por los medios de comunicación que le ofrecen un desinhibido entretenimiento”²⁷.

¿Qué domestica al hombre cuando fracasa el humanismo?. Agrega Assheuer: “La ‘selección de las bestias del rebaño’ en que consiste la civilización, según cita Sloterdijk el pensamiento socialdarwinista de Nietzsche, engendra hombres anodinos, dignos de lástima y de desprecio, con un pequeño placer para el día y otro para la noche. Helos ahí arrastrándose. ‘Gracias a una hábil conjunción de ética y de genética’ los hombres han ‘logrado, en lo que toca a ellos mismos, una selección de lo mediocre’. En el hombre inocuo y, no obstante, vuelto al estado salvaje alcanza la ‘domesticidad’ de la especie su estado letal planetario”²⁸.

Sloterdijk respondió con un artículo intitulado *La teoría crítica ha muerto*, (*Die Ziet*, 9 de sept. 1999)²⁹. Es una especie de carta abierta de estilo polémico.

En la segunda parte de ella (la primera está dedicada a Th. Assheuer) se dirige directamente a Jürgen Habermas³⁰. Responsabiliza a Habermas de los ataques en su contra. Se queja de haber sido calumniado. Se refiere al *Aliquid semper haeret* [algo siempre queda] de los calumniadores. Se presenta a sí mismo como una víctima de una campaña de

²⁶ *Ibidem*, p. 81.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 82.

²⁹ Cfr. Su texto completo en versión castellana en *Revista de Occidente*, 228, Madrid, mayo 2000, pp. 89-100.

³⁰ Ernst TUGENDHAT dice en su artículo de *Die Zeit*, 23 de sept. 1999, *No hay genes para la moral*, -cfr. *Rev. de Occidente*, cit., p. 102- que Habermas “se halló de improviso cubierto por una avalancha de reproches, groserías y zalamerías, con la justificación de que éste tendría la culpa de todo al haber impulsado las críticas”

terrorismo intelectual. Pero no desmiente la cuestión de fondo que provoca la discusión: su pretendida eugenesia. Cuando más señala que la versión de la conferencia conocida por Habermas no es la misma expuesta en julio del 99.

El humanismo cristiano: el valor de lo humano, con la razón y la fe

Cuestiones como la precedente indican, para usar los términos de Augusto Del Noce, respecto al fascismo italiano, no sólo un *error contra la cultura*, sino algo más que la *intelligentsia* de la modernidad y de la posmodernidad se resiste a aceptar: indican un *error de la cultura*.

La pérdida del sentido religioso de la vida humana ha sido, con la modernidad y la postmodernidad, uno de los más tristes empeños de la llamada *secularización* moderna y postmoderna. Por eso, la *recta conciencia* ha sido sustituida, muy frecuentemente, por la *emoción*. Ello ha preparado la vida personal y social para el imperio de las pasiones. Para el *desorden* de las pasiones, sería quizá mejor decir. La conciencia moral religiosa capta la verdad revelada y sus exigencias. La llamada fe *natural* o *científica* resulta siempre insegura. Como bien señala Newman en sus *Sermones Universitarios* de Oxford, la razón de la edad moderna mina la confianza en la Iglesia en cuanto busca una ética *racional* o *utilitaria*³¹. La fe, en resumidas cuentas, no puede reducirse a un simple sentimiento moral. Quien quiera vivir en la verdad y al servicio de la verdad, deberá esforzarse, contando con la gracia, en la lucha por la fidelidad a la recta conciencia.

Newman señaló el epílogo de la que se proclamó a sí misma (no sin presuntuosidad) *Edad de la razón*. Los egoísmos y las opresiones, las violencias y las guerras, todas las iniquidades personales y sociales que costaron el precio infinito de la Sangre redentora de Cristo se han hecho patente en el tiempo en el cual proclamándose el triunfo de la razón se volvía opaca la dignidad del hombre, por la pérdida intelectual y práctica de la persona. Como dice Newman refiriéndose a la Pasión del Señor y lo que ella redimía: “Es como la larga historia del mundo, que únicamente Dios puede soportar. Esperanzas destruidas, advertencias despreciadas, votos violados, oportunidades perdidas, inocentes traicionados, peniten-

³¹ Cfr. la versión castellana —trad. De Aureli Boix— de los Sermones Universitarios de Oxford (1826-1843), NEWMAN, J. H., *La Fe y la Razón*, Barcelona, 1993, pp. 120-122.

tes relapsos y justos vencidos; la sofistería de la incredulidad, la arrogancia de la pasión, la obstinación del orgullo, la tiranía del hábito, el cáncer del remordimiento, la fiebre agotadora de la concupiscencia, la angustia de la desesperación, semblantes miserables de las víctimas de la rebeldía libre contra Dios: todo está ahora ante Él, sobre Él y dentro de Él. Ocupa el lugar de aquella paz inefable que ha habitado en su alma desde el comienzo de su concepción. Está sobre Él y parece pertenecerle como propio³². Nada más alejado del auténtico compromiso que la fe cristiana supone y exige que una simple y gimoteante actitud de hipocondría espiritual acerca de los males de la época. Se trata de alumbrar, desde el presente, contando con la acción transformante de la gracia, el tiempo por venir. El cristiano está llamado a ser hombre faro en medio de las obscuridades de su tiempo.

Ante las crisis, el simple humanismo se muestra insuficiente. Su optimismo resulta endeble. Se requiere la radicalidad cristiana para revitalizar lo propiamente humano. Sin la savia cristiana el simple humanismo resulta el incubador de las crisis. *Esta es la victoria que vence al mundo: nuestra fe*³³. La victoria del mundo sobre el creyente de fe vacilante —decía Newman en la Pascua de 1832— se da cuando el mundo se impone a la imaginación; y la persona se siente indefensa frente a su impacto, al margen de toda consideración realmente ética. Así, el *testimonio* de los cristianos aumenta siempre el *antitestimonio* del mundo³⁴. Sin embargo, a pesar del orgullo pasional de ese *antitestimonio*, la seguridad del cristiano no radica en sí mismo sino en Dios. Por ello puede afirmar que no ha habido ni podrá haber evidencia alguna de auténtico progreso en la historia de la humanidad que —siendo *auténtico progreso*— sea radicalmente antagónica y, por ello, incompatible con la fe.

El humanismo cristiano no es una simple filantropía. En él, el elemento cristiano es sustantivo, no adjetivo. A pesar de la burla y del desprecio de quienes atisban la vida con el vacío y la angustia de un paganismo revivido, el testimonio cristiano no pasa desapercibido ni re-

³² NEWMAN, J. H., citado por SUÁREZ, F., *La Pasión de Nuestro Señor Jesucristo*, Madrid, 1995, pp.24-25.

³³ *Io*, 5, 4

³⁴ La expresión es también de NEWMAN, J. H., en el Sermón VII de los *Sermones Universitarios* recogidos en *La Razón y la Fe*, cit.

sulta ineficaz. Ese testimonio es sal y luz de toda época. La gracia no anula la naturaleza, sino que la eleva. La savia de la fe cristiana no anula, por tanto, ni la libertad ni la responsabilidad. Potencia y posibilita, por el contrario, la fecunda expansión de una y otra. Si no siguiéramos la inclinación al bien, estaríamos ya cediendo ante el mal. El *antitestimonio* de lo torcido en el mundo, si no se le confronta buscando sanarlo para enderezarlo, para hacerlo recto, termina por torcer nuestra conciencia.

La recuperación de la persona por su apertura a la verdad

Según Jacques Maritain, es necesario hacer espacio a una *no-ción unitaria y articulada de verdad* que permita, en el orden práctico, la convivencia civil de las personas y los pueblos. Es decir, un acuerdo fundado en el respeto a los derechos humanos, a los cuales Angelo Scola propone agregar hoy los derechos de la familia³⁵.

Según Maritain, los hombres pueden ponerse de acuerdo sobre los trabajos a cumplir y las metas a alcanzar, así pertenezcan a civilizaciones diferentes, a familias espirituales distintas y a escuelas de pensamiento antagónicas³⁶. En este sentido la acción política (que supone siempre una dimensión ética en cuanto conducta moral) debe proteger y promover el *ethos* de la persona y de los pueblos. La política, en cuanto comportamiento humano, reflejará, así, la verdad, bondad, justicia y belleza que exige toda persona y toda comunidad³⁷.

El fin de la modernidad y el comienzo de la postmodernidad se caracterizan por un proceso de aguda secularización. Una secularización que lleva a la explosión de lo que Scola llama *un sacro selvaggio* [sagrado salvaje]³⁸. Culturalmente existe el empeño de generar una situación neopagana, en la cual el cosmos es visto como algo divino en sí mismo y el fenómeno religioso no se concibe en relación a la libertad infinita de Dios sino en relación a la supuesta libertad infinita del hombre. No es

³⁵ Cfr. MARITAIN, J., *Les possibilités de coopération dans un monde divisé*, en *Ouvres 1940-1963*, T. 2, Paris-Bruges, 1978, p. 444. Citado por SCOLA, A., *La politica e la dimensione etica*, en *Famiglia et Vita*, Roma, Anno III, 1998, p. 111.

³⁶ Cfr. MARITAIN, J., *Les possibilités de coopération...*, cit., p. 444.

³⁷ Cfr. SCOLA, A., *La politica e la dimensione etica*, cit., p. 112.

³⁸ Cfr. *ibidem*, p. 113.

tanto *el Deus sive natura* [Dios o la naturaleza] de Spinoza, sino variantes del *Deus sive homo* [Dios o el hombre] de Hegel y Feuerbach.

El neopaganismo del *sacro salvaggio* supone una “proliferación desordenada de lo sacro” como fenómeno paralelo a la eliminación de lo sobrenatural. La secularización no se expresa en la reducción de lo sacro a lo profano, sino particularmente en la negación de un Dios personal y trascendente. Se rechaza que Dios sea el Señor del cosmos y la historia³⁹. Y que, como tal, interpele a cada persona y a toda la humanidad, dándose a conocer como fundamento verdadero de la realidad. Por eso, agrega Scola, “la secularización no sólo es compatible con la explosión de lo sacro, sino que, por añadidura, puede usar de lo sacro para difundir un pensamiento débil cuyo verdadero rostro es el del nihilismo”⁴⁰.

La modernidad y la postmodernidad se caracterizan por un rechazo al carácter absoluto de la verdad⁴¹. Por eso la modernidad termina por hacer una lectura del absoluto en términos de separación y de abstracción. La concepción abstracta de la verdad deriva de un dualismo en las relaciones entre fe y razón, entre lo sobrenatural y lo natural, entre la gracia y la libertad⁴².

La cultura occidental (que está, históricamente, vinculada a la religión judeo-cristiana) ha sufrido una absolutización que ha afectado incluso la visión de la religión. Algunos han llegado a afirmar que la

³⁹ JUAN PABLO II, Enc. *Redemptor hominis*, n. 1

⁴⁰ SCOLA, A., ob. cit., p. 113.

⁴¹ El iluminismo y el historicismo cuestionaron la pretensión de absoluto del cristianismo. A. SCOLA sintetiza de la siguiente manera el problema planteado por Lessing, al cual, en su criterio, no se ha dado adecuada respuesta: “¿Cómo es posible que un hombre, que vivió en una precisa situación de espacio y tiempo, tenga la pretensión de ser el fundamento de una verdad universal y necesaria? ¿Cómo es, pues, posible que el hecho histórico de Jesús de Nazaret pueda asumir un relieve inmediato y directo para el hombre de cualquier tiempo?”. Por eso Scola habla de *iluminismo insatisfecho*. Cfr. SCOLA, A., ob. cit., p. 114. En resumidas cuentas la objeción del iluminismo cuestiona que Cristo pueda ser contemporáneo del hombre de cualquier tiempo. Según él, ese desafío está planteado en el *pensamiento débil* de la postmodernidad.

⁴² Cfr. SCOLA, A., *La política e la dimensione etica*, cit., p. 115. Esa concepción abstracta de la verdad se refleja en la historia de la teología en una *reducción doctrinalista* de la revelación, vinculada a una *concepción intelectualista* de la fe y a una *visión conceptualista* de la teología. Esa triple reducción ha expuesto a un sector del trabajo teológico católico a concebir el Absoluto como abstracción. “Se puede quizá entender mejor porqué el hombre contemporáneo, rechazando una verdad absoluta (separada y abstracta) termine por rechazar el cristianismo”. SCOLA, A., ob. cit., p. 115.

evangelización de la cultura sólo sería factible en base a actitudes de comprensión y tolerancia; lo cual supone (equivocadamente) la necesidad (supuesta) de abandonar la pretensión de una verdad absoluta. Se termina, por esa vía, en un cristianismo desfigurado. El cristianismo, en efecto, no postula una verdad abstracta, sino una Verdad que es Vida. Cristo se identifica con la Verdad Absoluta. Y la vida cristiana no es sólo expresión de una *captación intelectual* de esa verdad, sino que supone, con todas sus consecuencias un *compromiso existencial* que abarca la vida entera. Fe y razón. La vida cristiana es expresión de libertad, de aceptación de la verdad conocida y de opción por el bien entendido como compromiso. La captación intelectual debe ayudar al compromiso existencial. Y, a su vez, el compromiso existencial ayuda a la captación intelectual. Es el *Intellige ut credas, crede ut intelligas* [Entiende para que creas, cree para que entendas] agustiniano y anselmiano, que recordaba Etienne Gilson en sus *lectures* escocesas recogidas en *El espíritu de la filosofía medieval*; y que también Juan Pablo II recoge y desglosa en las páginas refrescantes de la *Fides et ratio*⁴³.

El cristianismo auténtico no tiene nada que ver con una *espiritualidad desencarnada*. Lo destacaba, con singular claridad y fuerza, el Beato Josemaría Escrivá cuando insistía en “saber *materializar* la vida espiritual” para evitar la tentación de llevar “como una doble vida: la vida interior, la vida de relación con Dios, de una parte; y de otra, distinta y separada, la vida familiar, profesional y social, plena de pequeñas realidades terrenas”⁴⁴. Y agregaba, con enfoque que ha tenido larga estela en el posterior desarrollo teológico: “El auténtico sentido cristiano — que profesa la resurrección de toda carne— se enfrentó siempre, como es lógico, con la desencarnación, sin temor a ser juzgado de materialismo. Es lícito, por tanto, hablar de un *materialismo cristiano*, que se opone audazmente a los materialismos cerrados al espíritu”⁴⁵.

En toda circunstancia y en toda relación, en efecto, Cristo, perfecto Dios y perfecto Hombre, interpela la libertad de cada persona

⁴³ Cfr. S. AGUSTÍN, *Serm.* 43, 9; S. ANSELMO, *Monologium (Meditación sobre la racionalidad de la fe)* y *Proslogion (Una fe que busca la inteligencia)*; GILSON, E., *El Espíritu de la Filosofía Medieval*, Madrid, 1981, particularmente cap. I y II; JUAN PABLO II, *Enc. Fides et ratio*, cap. II y III.

⁴⁴ ESCRIVÁ DE BALAGUER, J., *Amar al mundo apasionadamente*, en *Conversaciones con Mons. Escrivá*, Caracas, 1969, n. 114, p. 201

⁴⁵ ESCRIVÁ DE BALAGUER, J., *ibidem*, n. 115, p. 202.

provocando la decisión responsable de adhesión a Él o de rechazo. Tendremos siempre la gracia necesaria para hacer nuestra la Voluntad de Dios. Y, misteriosamente —*mysterium iniquitatis* [misterio de iniquidad]⁴⁶— tenemos la posibilidad de usar mal nuestra libertad y optar por la *aversio a Deo*, el pecado, que es el endiosamiento de la propia voluntad. Como dice C. S. Lewis en *El gran divorcio* —y lo recuerda Clyde S. Kilby en el prólogo a *The Screwtape Letters*⁴⁷— al final hay sólo dos tipos de personas: aquellas que dicen a Dios *Hágase Tu Voluntad*, y aquellas a quienes Dios dice *Hágase tu voluntad*. Porque Dios respeta nuestra libertad.

La unidad de la persona

Tampoco tiene que ver el cristianismo con una pseudo encarnación que prescinde del *compositum* [compuesto] humano, de la unidad de la persona. La exaltación del cuerpo por una de las variantes hedonistas de la cultura dominante no tiene nada que ver con la persona. Sí con la degradación de la persona. Identificar el cuerpo con la persona responde a la utopía de la salud, que da carácter prioritario al cuerpo. Como indica Scola, los ritos salutíferos de la sociedad de consumo desean prometer al individuo la eternidad del cuerpo mortal separándolo de la totalidad del yo⁴⁸.

Michel Schooyans ha hablado de una *doble disociación* del cuerpo y del psiquismo en relación a la persona en su dimensión espiritual. “No es tanto —dice— el cuerpo que termina siendo extranjero al alma, ni el alma que se ha separado del cuerpo, sino el alma y el cuerpo que se han separado del espíritu. Esta doble disociación marca la alienación esencial del hombre; ella hace del cuerpo y del psiquismo los lugares de amoralidad total”⁴⁹.

En efecto, si el cuerpo se considera independientemente de la persona, lo que se haga con él será moralmente indiferente. Y si resulta

⁴⁶ 2 Tes. 2, 7.

⁴⁷ Cfr. LEWIS, C.S., *Cartas del diablo a su sobrino*, Madrid, 1993.

⁴⁸ Cfr. SCOLA, A., ob. cit., p. 118.

⁴⁹ SCHOYANS, M., *La dérive totalitaire du libéralisme*, París, 1995, p. 40.

moralmente indiferente, el relativismo conduce a una supuesta *moral de situación*. Por eso se confunde amor y placer; se preconiza la práctica de la esterilización; se legaliza el aborto; se proclama la *experimentación total del cuerpo*; o se establece una *canibalización* del cuerpo, en función de un mercado de órganos no consentido; o se organiza poderosamente el rechazo a la procreación; o llega a admitirse como *liberadora* a la eutanasia. Si el cuerpo y el alma no tienen que ver con la persona, el adoctrinamiento y la manipulación (por ejemplo a través de la sofisticación de los *mass media*) del sujeto indefenso; la desprogramación o reprogramación de los seres tomados como objetos en las vertientes no éticas o antiéticas de la ingeniería genética; la despersonalización por la droga o por la psiquiatría; por enunciar a modo de ejemplo algunas de las consecuencias, resultan *admisibles*. El hombre despersonalizado no es ya capaz de una relación promotora de humanidad con otra persona. Está totalmente alienado. Y entonces la idea de solidaridad y sus corolarios clásicos carecen por completo de sentido⁵⁰.

Si el cuerpo deja de ser principio de individuación de la persona y de su relación con el otro, se convierte en principio de alienación y de separación del otro. Con ello se puede comprender (que no justificar) el *androginismo*⁵¹ como fenómeno de la cultura dominante que considera al hombre como bisexual. La cultura dominante prescinde del misterio nupcial que supone la diferencia sexual, el amor entre ambos y su fecundidad como consecuencia de la mutua donación abierta a la vida⁵². La diferencia sexual, querida por Dios, pone de relieve la alteridad, la capacidad de la persona de ser *para el otro*. El diálogo supone esa diferencia, que es un dato originario, no derivado. La diferencia ontológica que presenta la *reciprocidad asimétrica* encierra la razón de la fecundidad. El androginismo de la cultura dominante pensando en el hombre-mujer como “dos mitades estructuralmente incompletas” las supone “condenadas a la búsqueda de una fantasmiosa unidad originaria”⁵³.

⁵⁰ Cfr. *ibidem*.

⁵¹ Del griego *andrós*, hombre y *gyné*, mujer.

⁵² A. SCOLA señala, en este sentido, la esponsalidad intratrinitaria y el amor de Cristo con su Iglesia y la esponsalidad propia de la relación salvífica entre el hombre y Dios, que siempre implican el *analogatum princeps* del amor esponsal, los factores propios de la esponsalidad hombre-mujer. Ob. cit., p. 118.

⁵³ SCOLA, A., *ibidem*, p. 119.

Scola añade: “Entre otras cosas, en el horizonte antropológico andrógino, se pierde de vista la circularidad (*circumcessio*) de los estados de vida del cristiano que muestra como la dimensión nupcial o esponsal es esencial a la virginidad y viceversa. Se abre, así, una función decisiva para nosotros los cristianos: dar testimonio de cómo quien es llamado a la virginidad realiza plenamente la nupcialidad de la propia persona, y, al mismo tiempo, como el llamado al matrimonio vive la dimensión virginal como coesencial a su vocación”⁵⁴.

Libertad y verdad

La mayoría de los enfoques sobre la libertad, difuminados por la cultura dominante, derivan de un pensamiento hostil a la metafísica del ser⁵⁵. La concepción kantiana de la libertad como *liberación* está en la base de esa hostilidad. El antropocentrismo radical de Kant rechaza toda imposición a la razón desde fuera de ella misma. Así, para el filósofo de Königsberg [Kant; Königsberg, por la incorporación e territorios de la Prusia Oriental a la antigua URSS, después de la II Guerra Mundial, pasó a llamarse Kaliningrad] la razón pura teórica debía liberarse del ser heterólogo y la razón pura práctica debía liberarse de la ley heterónoma⁵⁶. Kant, en este sentido, es un prototipo del pensamiento ilustrado. Desde la Ilustración, en efecto, se ve a la propia voluntad como la única norma reguladora de la acción. La libertad viene a ser, así, autonomía absoluta en cuanto la voluntad puede querer todo y tiene la posibilidad de llevar a la práctica lo que quiere⁵⁷. La pretendida afirmación de la inmanencia ha terminado por hacer del hombre un prisionero de su propia vacuidad existencial. El voluntarismo no ha llevado a la superación de la finitud, sino a su angustiosa y reiterada constatación, sin apertura ninguna ni al infinito ni a la trascendencia.

Se opera, de tal manera, ese fenómeno que Josef Pieper llama la adulación. “El otro, a quien hablo para agradar, no es en modo alguno un

⁵⁴ SCOLA, A., *ibidem*, p. 120. Cf. también, de JUAN PABLO II, los cap. III (Imagen y semejanza de Dios) y VI (Maternidad-Virginidad) de la Enc. *Mulierem dignitatem*, sobre la dignidad y vocación de la mujer (15 de agosto de 1988); y la Parte III (Mediación Materna) de la Enc. *Redemptoris Mater*, sobre la Bienaventurada Virgen María en la vida de la Iglesia peregrina

⁵⁵ Cfr. BARRIO MAESTRE, J. M., *Los límites de la libertad*, Madrid, 1999, p. 11.

⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 12.

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 11.

igual, un sujeto; es más bien algo así como un objeto, el objeto de un intento de apoderamiento, el objeto sometido a ‘manipulación’⁵⁸. Quien no acepta la manipulación resulta ignorado. Las cualidades menos respetables son instrumento de la manipulación. “Pero en la misma medida en que la palabra juega en todo esto un papel, cesa de comunicar realmente algo; en lugar de eso ocurre una conversación sin interlocutor que, en contradicción con lo que es el lenguaje, no dice nada, sino que intenta algo. La palabra se desnaturaliza y se degrada en ‘agente químico’, en droga que se suministra; se ha convertido en simple medio, como un aparato o un requisito”⁵⁹.

El ocaso de la modernidad y de la postmodernidad ha resultado un tiempo signado por el asalto de múltiples sofistas. Como dice Pieper, “allí donde el hombre hable intencionalmente halagando, se corrompe necesariamente la palabra, y en lugar de una auténtica comunicación se introduce algo para lo que la expresión ‘relación de poder’ sería un término demasiado positivo”. Y añade: “Más bien se trata de algo así como tiranía de un ejercicio del poder, no basado en ninguna superioridad real, y al que corresponde, desde el otro punto de vista, una dependencia no fundada en la realidad, que más bien debería denominarse ‘esclavitud’⁶⁰.

La degeneración del lenguaje hace de él un instrumento de violencia. La corrupción sofisticada de la expresión suele acompañar la degradación del poder político. El veneno totalitario que se cuela en la manipulación publicitaria, con el abuso del lenguaje, pone e relieve el envilecimiento del hombre por el hombre. Desde la pérdida de la dignidad de la palabra hasta la violencia física propia de las tiranías hay todo un proceso secuencial en el cual se aniquila la capacidad de comunicación referida a la realidad, intrínseca a la dignidad de la palabra⁶¹. El hombre necesita un ámbito de libertad para nutrirse de la verdad buena. Necesita de la libertad para defenderse eficazmente de las amenazas internas y externas, que atentan hasta contra el recto desenvolvimiento de la vida intelectual. Aquí radica, según Pieper, la contribución al *bonum commune*

⁵⁸ PIEPER, J., *La fe ante el reto de la cultura contemporánea*, Madrid, 2000, p. 223.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 228.

⁶¹ Cfr. *Ibidem*, p. 230.

[bien común] de la Universidad como institución académica en sentido estricto. “La contribución consiste –dice- sobre todo en suscitar, favorecer, alentar, a través del espíritu de la institución, aquella franqueza total, que no otra cosa quiere sino poner a la vista sin rodeos, y formular también mediante el lenguaje, toda la realidad, que, sin embargo nunca acaba de conocerse. Y todo ello en aquella disputa interminable, llevada a todas las disciplinas, que no se cierra a ningún argumento ni a ningún disputante y que constituye propiamente la vida de la Universidad. Puesto que ‘académico’ equivale a ‘antisofístico’, todo eso significa también defenderse contra lo que atenta y destruye la pura sinceridad ante la realidad y el carácter comunicativo del lenguaje; por ejemplo, contra la simplificación partidista, contra el enardecimiento ideológico, contra toda afectividad ciega, pero también contra la tentación de lo solo bien dicho y de la frivolidad formal, contra la terminología arbitraria que excluye el diálogo, contra la denigración como estilo (cuanto más ingeniosa, peor), tanto contra el lenguaje de la componenda enmascaradora como contra el lenguaje de la rebelión, contra el conformismo por principio, pero no menos contra el no conformismo por principio, etcétera”⁶².

La expresión agónica de la modernidad

En relación a los *errores de la cultura*, ante las expresiones de inhumanidad que de ella o de su extrema degradación puedan derivarse, algunos intentan el extremo recurso intelectual de salvamento que consiste en condenar los efectos, pero no la cultura en sí. Usando una gráfica expresión de André Frossard, puede decirse que utilizan un *razonamiento de canguro*: saltan de una negación a otra por encima de las evidencias⁶³. El exterminio de judíos o gitanos, o la utilización de prisioneros como cobayas humanas para la experimentación biológica, como hicieron los regimenes nacional-socialistas (nazis) y comunistas (marxistas-leninistas) muestran “hasta que grado de ignominia puede descender la especie humana cuando no reconoce ninguna ley moral anterior o superior a sí misma”⁶⁴.

⁶² Ibidem, pp. 234-235.

⁶³ Cfr. FROSSARD, A., *Le crime contre l'humanité*, Paris, 1987, p. 42.

⁶⁴ FROSSARD, A., *ibidem*, p. 52.

La expresión agónica de la modernidad se manifiesta no sólo en las formas ya condenadas como *crimen contra la humanidad*, sino en la agresividad “legitimada” de antiguas y nuevas formas de *crimen contra la humanidad* en los diversas cristalizaciones de la *cultura de la muerte*. “El crimen contra la humanidad consiste en matar a alguien bajo el pretexto de que ha nacido”⁶⁵. El crimen contra la humanidad supone un intento de envilecimiento que comprende el hambre, la sed, la tortura, las humillaciones, “que comienza por el tatuaje de un número, primera forma de reducción al anonimato, antes de la reducción del ser a sus funciones animales, la reducción del espíritu al instinto de conservación”⁶⁶. Frossard, quien se detiene en el análisis de la política de exterminio de los judíos adelantada por el III Reich de Hitler, no vacila en afirmar: “Hay un crimen contra la humanidad cuando la humanidad de la víctima es negada, claramente y sin posibilidad alguna de apelación”⁶⁷. Todo ser sensato rechaza la política de Hitler y condena genocidios como el Holocausto. Muchos que presumen de sensatez, sin embargo, en la afirmación maximalista y agónica de la modernidad llegan a la difusión y a la imposición legal de crímenes contra la humanidad como el aborto y la eutanasia, casos prototípicos en los que la humanidad de la víctima (ser ya concebido, en el aborto; ya nacido, en la eutanasia) es radicalmente negada, de manera clara y rotunda y sin apelación.

Es el odio contra el hombre erigido en principio de gobierno; es el rechazo a la consideración de toda persona humana como prójimo, en el sentido radicalmente cristiano, en cuanto poseedor de la misma dignidad de hijo de Dios, sino como un ser considerado como inferior por quien toma la providencia gubernamental o legislativa, o ejecuta semejantes aberraciones, auto considerado como superior y capaz de disponer plenamente del ser de su semejante, en cuanto no existe ninguna instancia superior a la suya para una decisión al respecto. Es la expresión de un nuevo paganismo. Como dijera Frossard, durante su histórico testimonio en la Corte de Lyon durante el Proceso Barbie, la locura asesina de los nazis intentó en el genocidio judío nada menos y nada más que destruir la imagen de Dios que según la fe judeo-cristiana existe en cada persona.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 96.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 97.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 99.

Así como una imagen de Dios no puede ser insertada en un sistema totalitario, el crimen contra la humanidad perpetrado contra los judíos tenía una dimensión metafísica que lo hacía diferente a otros crímenes: “Este genocidio –dijo– ha sido, en verdad, una tentativa de deicidio”⁶⁸.

De alguna manera son, también, *tentativas de deicidio* las deplorables manifestaciones histórico-políticas de la cultura de la muerte (aborto, eutanasia, droga, pornografía, prostitución). Los supuestos culturales de tales tentativas resultan, con toda objetividad, corruptores de toda inteligencia y de toda moral. Todo crimen contra la humanidad siempre tiene en su base el desprecio del hombre. No se puede jamás alienar la conciencia a un hombre, a un partido, a una ideología. Como pedía Frossard, es necesario reafirmar los criterios objetivos del Bien y del Mal que se encuentran en la Biblia o en la Declaración de los Derechos del Hombre de la ONU (1948). “Y este desprecio del hombre que está en el origen de los crímenes nazis, se muestra también en el Archipiélago Gulag [referencia a los campos de concentración de la URSS, usando el nombre de una de las obras de Alexander Solszhenitsin], en algunas experiencias genéticas, en la explotación industrial de fetos, en el tráfico de infantes al nacer, en la indiferencia total de los fabricantes de contaminación, en la inmoralidad consciente o inconsciente de los expertos en manipulaciones psicológicas”⁶⁹.

Crímenes contra la humanidad resultan así las sanguinarias persecuciones contra los cristianos en el sur del Sudán, o las expresiones asesinas del fundamentalismo islámico en Argelia, Pakistán, Bangladesh, el norte de Nigeria o el baño de sangre sin fin de Indonesia, o la absoluta intolerancia con represión oficial en Arabia Saudita; o las manifestaciones de sangrienta intolerancia que representan los asesinatos de cristianos en numerosos estados de la India. Cuando no se trata abiertamente de *terrorismo de Estado* (caso de Sudán), suele evidenciarse un fenómeno de directa responsabilidad o complicidad activa o pasiva de las autoridades estatales.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 107.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 124.

El problema de la verdad. Kelsen y Rorty

Las aberraciones del fundamentalismo secularista, actualmente imperante en los países más desarrollados de Occidente, plantean, desde una perspectiva filosófica e histórico-política, la cuestión de la verdad y su respeto en el marco de las sociedades pluralistas y democráticas. Algunos de los ejemplos y situaciones anteriormente mencionados podrían llevar, dada la mentalidad relativista imperante, a la negación de la relevancia de tal cuestión o a la consideración de la verdad como algo que admite tantas variantes como subjetividades o intereses. Ni una posición ni otra constituyen, en realidad, respuestas al tema sino evasiones a las complejidades humanas que, tanto en el orden práctico como en el teórico, el mismo plantea.

La cultura dominante pretende unir el concepto de democracia al relativismo y se postula dogmáticamente (¡oh paradoja!) a ese relativismo como precondition de la libertad y de la convivencia armónica en un ámbito social signado por el pluralismo, se está, por la vía del vaciamiento de los valores morales, minando la salud de la democracia: aquella que la hacía un sistema político capaz de alcanzar la dimensión ética de sistema de vida, en cuanto garante pleno del respeto a la persona y de las variadas manifestaciones de su pluralidad. Una democracia sin valores no es otra cosa que un sistema que expresa y postula un nihilismo moral. Y cuando el nihilismo moral se hace sistema, cualquier maximalismo nitzscheano (como ya ha ocurrido en los totalitarismos del siglo XX) puede hacer alarde de su capacidad destructora de la persona y de su dignidad. El nihilismo moral considera todo valor ético como un dogmatismo contra natura, porque, ciertamente, la negación del *vacuum* [vacío] moral supone la negación del falso dogmatismo que proclama, con el recurso al formalismo o sin él (Kelsen, Rorty), el necesario vacío de la libertad.

Joseph Ratzinger se ha ocupado de responder a dos de los teóricos de la *democracia vacía*: Hans Kelsen y Richard Rorty.

Respecto a Kelsen, comienza recordando la reflexión del jurista austriaco en referencia a la pregunta que Pilatos hace al Redentor en el proceso de Jesús: *¿Qué es la verdad?* (Io, 18, 38). “La pregunta de Pilato es, a su juicio [de Kelsen], expresión del necesario escepticismo político.

De ahí que sea de algún modo también una respuesta: la verdad es inalcanzable. Para percibir que Pilato la entiende así, basta con reparar que no espera respuesta. En lugar de eso se dirige a la multitud. Así quedaría sometida, según Kelsen, la decisión del asunto en litigio al voto popular. Kelsen opina que Pilato obra como perfecto demócrata. Como no sabe lo que es justo, confía el problema a la mayoría para que decida con su voto. De ese modo se convierte, según la explicación del científico austriaco, en figura emblemática de la democracia relativista y escéptica, la cual no se apoya ni en los valores ni en la verdad, sino en los procedimientos. El que en el caso de Jesús fuera condenado un hombre justo e inocente no parece inquietar a Kelsen. No hay más verdad que la de la mayoría. Carece de sentido, pues, seguir preguntando por alguna otra distinta de ella. En cierto momento Kelsen llegó a decir que habría que imponer esta certeza relativista con sangre y lágrimas si fuera preciso. Tendríamos que estar tan seguros de ella como Jesús lo estaba de su verdad”⁷⁰.

Ratzinger contrapone, a la posición de Kelsen en este punto, la del exegeta luterano alemán Heinrich Schlier, quien hizo su interpretación en 1932, cuando el nacionalsocialismo hitleriano se disponía a tomar el poder, como lo hizo en 1933. “La interpretación de Schlier –dice Ratzinger– fue un testimonio consciente contra aquella parte de la cristiandad evangélica dispuesta a poner la fe y el pueblo en el mismo plano. Schlier hace observar que Jesús reconoce sin reservas en el proceso el poder judicial del Estado que representa Pilato. Pero también lo limita cuando dice que el poder no le viene a Pilato de sí mismo, sino ‘de lo alto’ ([Io] 19, 11). Pilato vicia su poder y el del Estado en el momento en que deja de percibirlos como administración fiduciaria de un orden más alto, que depende de la verdad, y lo utiliza en beneficio propio. El gobernador deja de preguntar por la verdad y entiende el poder como puro poder. ‘Al legitimarse a sí mismo [son palabras de Schlier], dio su apoyo al asesinato legal de Jesús’ ”⁷¹.

Kelsen sostiene que la relación entre religión y democracia es necesariamente negativa. “El cristianismo, que enseña verdades y valores absolutos, se hallaría de modo muy especial en oposición frontal al

⁷⁰ RATZINGER, J., *Verdad, valores, poder*, Madrid, 1998, pp. 87-88.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 88-89.

necesario escepticismo de la democracia relativista. La religión significa para Kelsen heteronomía de la persona, mientras que la democracia significa autonomía. Esto significa, además, que el punto esencial de la democracia es la libertad, no el bien, el cual aparece como una amenaza para la libertad.

Richard Rorty, filósofo del derecho norteamericano, expresa el criterio relativista de la cultura dominante sobre el punto que nos ocupa. Ratzinger dice sobre sus tesis lo siguiente: “La convicción mayoritaria difundida entre los ciudadanos es para Rorty el único criterio que se ha de seguir para crear el derecho. La democracia no posee otra filosofía ni otra fuente del derecho. Rorty es consciente de algún modo, sin duda, de la insatisfacción del puro principio mayoritario como fuente de la verdad, pero opina que la razón pragmática, orientada por la mayoría, incluye siempre ciertas ideas intuitivas, por ejemplo, el rechazo de la esclavitud. En esto se engaña. Durante siglos, e incluso durante milenios, el sentir mayoritario no ha incluido esa intuición y nadie sabe durante cuánto tiempo la seguirá conservando. En Rorty opera un concepto vacío de libertad, que llega al extremo de considerar necesaria la disolución y transformación del yo en un fenómeno sin centro y sin naturaleza para poder formar concretamente nuestra intuición sobre la preeminencia de la libertad. Pero ¿cómo se podrá hacer si desaparece esa intuición? ¿De qué forma lo conseguirá si se forma una mayoría contra la libertad que nos dice que el hombre no está preparado para la libertad, que quiere y debe ser guiado?”⁷².

Ratzinger advierte con claridad contra el riesgo evidente de la manipulación del procesalismo democrático como herramienta de un poder político. Sin una recuperación de la persona (con la reafirmación de la antropología filosófica de base metafísica del clasicismo helénico y del pensamiento cristiano) y de la dimensión intrínsecamente moral de su existir social se llegará formalmente a la justificación de variadas maneras de comportamiento del hombre contra el hombre: desde el genocidio hasta el llamado darwinismo social.

Su razonamiento luce coherente y sólido: “La idea de que en la democracia lo único decisivo es la mayoría y que la fuente del derecho no

⁷² *Ibidem*, pp. 93-94.

puede ser otra cosa que las convicciones mayoritarias de los ciudadanos tiene, sin duda, algo cautivador. Siempre que se impone obligatoriamente a la mayoría algo no querido ni decidido por ella parece como si impugnáramos su libertad y negáramos la esencia de la democracia. Cualquier otra teoría supone, al parecer, un dogmatismo que socava la autodeterminación e inhabilita a los ciudadanos, convirtiéndose en imperio de la esclavitud. Más, por otro lado, es indiscutible que la mayoría no es infalible y que sus errores no afectan sólo a asuntos periféricos, sino que ponen en cuestión bienes fundamentales que dejan sin garantía la dignidad humana y los derechos del hombre, es decir, se derrumba la finalidad de la libertad, pues ni la esencia de los derechos humanos ni la de la libertad es evidente siempre para la mayoría. La historia de nuestro siglo [se refiere al siglo XX] ha demostrado dramáticamente que la mayoría es manipulable y fácil de seducir y que la libertad puede ser destruida en nombre de la libertad. En Kelsen hemos visto, además, que el relativismo encierra su propio dogmatismo: está tan seguro de sí mismo que debe ser impuesto a los que no lo comparten. Con una actitud así, al final resulta inevitable el cinismo, que en Kelsen y en Rorty se percibe ya de forma clara. Si la mayoría tiene siempre razón —como ocurre en el caso de Pilato—, el derecho tendrá que ser pisoteado. Entonces lo único que cuenta, a fin de cuentas, es el poder del más fuerte, que la mayoría sabe disponer a su favor⁷³.

La cultura dominante está en crisis. Es la crisis final de la modernidad y la postmodernidad. Esa crisis se expresa en el escepticismo y en el relativismo actual, porque ambos suponen una crisis de confianza en el Prometeo desencadenado en el cual, desde el iluminismo, se colocó el paradigma de la humanidad que era hechura plena de sí misma. El miedo al futuro y el anonadamiento en la intrascendencia es la crisis de la esperanza en la invencible capacidad de la razón. Con el cuestionamiento del optimismo antropológico basado en la absoluta immanencia (porque es radicalmente diferente el optimismo antropológico cristiano, de fundamentación bíblica: el ser humano hecho por Dios a su imagen y semejanza; aquel *...y vió Dios que era muy bueno*, del relato del Génesis), resultan igualmente cuestionados sus supuestos y consecuencias: la divinización del individuo y el mito el progreso necesario. La divinización del individuo realizada por la Ilustración no produjo la auténtica exaltación del hombre, sino el olvido y la pérdida de la persona. Por eso, la noción

⁷³ *Ibidem*, pp. 94-95.

de progreso, de avance, de conquista de estadios superiores de desarrollo, difuminada por la cultura dominante resulta perfectamente compatible con las manifestaciones aberrantes de la cultura de la muerte. Es una noción de progreso que prescinde del sujeto y fin del desarrollo: prescinde del hombre. Así, paradójicamente, se proclama la necesidad del comportamiento *contra natura* o intrínsecamente inmoral como requisito y condición del desarrollo. Progreso sin dignidad humana: lo que la recta razón reconoce como *contradictio in terminis*, es moneda de uso corriente para la cultura dominante.

El personalismo expresado por el neotomismo contemporáneo (singularmente por Jacques Maritain) busca el desarrollo en un marco social de paz (entendida agustinianamente como la *armonía dentro del orden*) buscando un equilibrio entre el reconocimiento a la voluntad popular y una *política de valores*. El personalismo maritainiano (ontológico, axiológico y social) no busca la fusión de la fe religiosa con el poder político (ello equivaldría a un absolutismo político cristiano, tan abominable como cualquier absolutismo político, con la perversidad adicional de la instrumentalización de la creencia con fines temporales), sino el reconocimiento y la afirmación de la verdad cristiana como levadura necesaria de valores morales en una forma de vida humanamente perfectible, en el orden histórico concreto, y abierta a la trascendencia.

Como reacción pendular al vacío de valores de la democracia puramente procesalista y consensual de los epígonos de la modernidad y postmodernidad, el humanismo cristiano plantea una democracia con valores, sin la fusión dogmática y exclusivista entre creencia religiosa y creencia política. Cuando el fundamentalismo islámico, p. e., proclama y practica la intolerancia más brutal está convirtiendo la creencia religiosa en fanatismo político; y, a su vez, está convirtiendo el planteamiento político en dogmatismo religioso que, por su propia naturaleza, excluye toda posibilidad de pluralismo. El marxismo leninismo o el nacionalsocialismo ocupaban el papel de la religión y proclamaban, como precondition de existencia civil digna, la adhesión fideísta a sus dogmas políticos. *Nada contra el partido, nada sobre el partido, nada fuera del partido*. Stalin y Hitler identificaban, además, el partido y el Estado. Así, la adhesión política suponía la total absorción de la persona en y por el partido; y la identificación plena del partido y del Estado, en base a un imaginario derecho de primacía histórica al cual se confería una

apriorística dignidad natural. Uno lo hizo en nombre de la clase. Otro lo hizo en nombre de la raza. El no comunista o el no nazi era, en esas sociedades totalitarias, un subhombre, alguien que no merecía ser considerado y no era considerado persona humana. Era la misma base teórica la de los totalitarismos. Las diferencias ideológicas no podían ocultar la identidad de raíces filosóficas. No fueron sólo *errores contra la cultura*. Fueron *errores de la cultura*, como bien dijo Del Noce, hablando tanto del fascismo como del predominante antifascismo italiano. El fascismo intentó, de manera más mitigada en la práctica pero igualmente totalitaria en la concepción, hacer lo mismo en nombre de la nación. Por eso el planteamiento mussoliniano: *Nada sobre el Estado, nada contra el Estado, nada fuera del Estado*.

La voluntad política convertida en el factor demiúrgico de la construcción de la historia. La razón, separada de la verdad, resultaba y resulta sometida y ultrajada, puesta al servicio de todas las causas negadoras de la humana dignidad (que da razón de la libertad). Se entiende así la moral utilitaria del neomaquiavelismo contemporáneo. Moral es lo que beneficia al partido, diría un Lenin. Moral es lo que dice el Estado, diría un Hitler o un Mussolini. Moral es lo que expresa el sentir mayoritario, dirían un Kelsen o un Rorty.

La razón separada de la verdad es la razón esclava. La voluntad separada del bien es el querer con indiferencia de lo que se quiere (lo cual resulta contradictorio). Y todo, en última instancia, viene a ser profundamente antihumano. Un humanista cristiano pudiera dar una explicación de rango metafísico elemental: las facultades superiores del alma, que permiten a la persona un comportamiento verdaderamente humano son la inteligencia y la voluntad; la inteligencia tiene como objeto propio el conocimiento del ser en cuanto verdadero y la voluntad el querer el ser en cuanto bueno. La verdad y el bien resultan así inseparables: ambos son trascendentales del ser y no puede quererse lo que no se conoce: la verdad es la verdad buena y el bien es la bondad verdadera, para decirlo con términos gratos a Carlos Cardona. Lo que irrita a la cultura de la modernidad y provoca la gigantesca rebelión que, aunque aún dominante, está ya en estertores de muerte, es que el reconocimiento de ese orden ontológico y axiológico supondría el reconocimiento pleno y la sempiterna vigencia de un Dios, creador, redentor y remunerador; de un Dios al cual esa cultura pretendió aniquilar (paradoja mayor: intentar reducir el Ser, el *Ipsum Esse subsistens* [el Ser Subsistente por Sí mismo] a la nada).

“La verdad sobre el bien que viene de la tradición cristiana se convierte en conocimiento para la razón y en principio razonable. No supone nunca, pues, violencia de la razón y la política por algún género de dogmatismo. Todo ello supone, desde luego, un cierto optimismo sobre la evidencia de lo moral y lo cristiano inexpugnable al relativismo. Nos enfrentamos de nuevo con el punto crítico de la tesis sobre lo democrático y sobre su interpretación cristiana”⁷⁴.

La política de valores y la redignificación de la política

El maquiavelismo, en diversos momentos del siglo XX, provocó la crisis del Estado y del derecho. El acratismo práctico se apoyó en un individualismo lindante en la anarquía *de facto*. Sembraba socialmente una anomia corrosiva de la conciencia ciudadana, evaporaba la conciencia comunitaria y voceaba altaneramente una ética mínima y una estéril capacidad de producir sólo compromisos blandos. Así, pues, el renacimiento de la conciencia ciudadana luce necesario para dejar de movernos por las dinámicas del miedo. Lo más negativo, a mi entender, de la dialéctica de extremos es, precisamente, la camisa de fuerza de la dinámica del miedo. Cuando ésta rige, la toma de posiciones políticas no está impulsada por la esperanza, sino por el temor. Las dinámicas del miedo son siempre negativas. Sólo actúan una vez que se ha llegado a situaciones límite. Nada, entonces, puede asegurar su eficacia. El pavor, extendido socialmente, facilita la pérdida de la cordura. Es una especie de deslizamiento hacia la irracionalidad. Cuando ello ocurre, los que generan ese pavor y quienes lo sufren están a merced de las salidas de fuerza. La violencia llama a la violencia. La pasionalidad suprime la racionalidad. La exaltación bloquea la capacidad de análisis objetivo. Todo desenfreno instintivo pareciera encontrar su justificación en las deformaciones voluntaristas y en los envoltorios mágicos de un *modus operandi* político reñido con todo sentido del equilibrio.

La simple opción entre extremos y las reacciones pendulares de uno a otro en la dinámica histórico-política de los pueblos constituyen una señal social de pérdida del norte. La marcha nerviosa y a menudo trágica de un extremo al otro muestra el extravío de quien ignora por donde va el camino. Cuando la dialéctica es de extremos, el centro se encoge; la posibilidad de una *via media* se reduce de manera dramática y

⁷⁴ RATZINGER, J., *Verdad, valores, poder*, cit. p. 98.

creciente. La política centrista no se agota, por otra parte, en la búsqueda constante de una *via media*. Puede darse el caso de que ésta no exista. Supone, sí, la conciencia de la gradualidad de los procesos sociales y políticos, con la prudencia constante para entender la diferencia entre lo deseable y lo posible; y la fortaleza de acercar lo posible hoy a lo deseable, haciéndolo factible mediante el proceso de cambio. El problema radica en que la opción de una política centrista está sometida a una dialéctica perversa: la polarización entre extremos reduce su campo real; y, a la vez, la reducción del centro (o, peor aún, su aniquilación) facilita la estéril y repetida alternabilidad entre extremos, expresión y causa de la falta de armonía social y germen —actual o potencial— de la violencia.

La posibilidad de mantener, incrementar o revivir una política equilibrada, de centro, supone la afirmación de una política de valores. Debe, por tanto, nutrirse el discurso y la conducta con lo que posea capacidad de unificación y de elevación de miras. En el discurso y en la conducta debe cobrar vida una *política de valores*; y esa política debe alentar organizaciones políticas *de valores*, cuya tarea raigal sea vivir conforme a ellos.

La salud de una sociedad requiere de un aceptado tono de elevación moral que sirva de base a la sabiduría política, a la prudencia política, a la fortaleza política, de todos los que actúan en los espacios públicos y, muy principalmente, de los que tienen las riendas del *imperium*, los cuales deben estar adornados de la *auctoritas*.

Cuando socialmente resulta desdeñada, menospreciada o burlada la capacidad ordenadora de la ley —o cuando ésta introduce el desorden—, resulta imposible todo ideal de justicia y armonía. El desorden se agrava por el pasional e intolerante recurso a la violencia. La violencia conduce —a corto o mediano plazo— a la anarquía. La anarquía es el sendero hacia el caos. Los hábitos virtuosos y la capacidad deliberativa, que están en el fundamento de la convivencia posible, se encuentran (cuando ella se enseñorea en un medio social) confinados en los linderos de una racionalidad política y de una pedagogía moral que, a su vez, exigen un renacimiento de la formación y de la práctica religiosa en la sociedad de que se trate. Si no, la emocionalidad violenta encuentra razones y manifestaciones que hacen de esa patología sucedáneos fideístas de la religiosidad.

Cuando el vuelo es más bajo y el alcance más corto, las aspiraciones se limitan a las *granjerías*, a la vulgar *lujuria del poder*. Está entonces perdida o muy deteriorada la conciencia ciudadana. El simple afán de honores y riquezas que subyace en los proyectos políticos sin aliento comunitario alguno es fuente de todo tipo de desgracias. Entre ellas, la injusticia es vista como fin a corto plazo, la facción estimada como placentera y la venganza como *élan vital* de los espíritus reducidos a un enanismo lindante con la más brutal animalidad. No existe, desde tal ángulo torcido, espacio para el bien común. Éste sólo queda para ser reducido, deformado, identificado con el bien particular del hegemón de turno. El servicio auténtico desaparece. Se acrecienta la jactancia de los que esperan ser sólo halagados y atendidos por siervos envilecidos, hasta en sus apetencias más bajas e inmorales. El imperio del egoísmo forzosamente rechaza cuanto de noble y recto pueda existir en la vocación política. El brillo fatuo y efímero justifica trágicamente el menosprecio de toda dignidad personal o social y de toda gloria patria.

Provocada la desarmonía social se abren las puertas al desorden. La mediocridad que accede a posiciones de poder resiente como ofensa la presencia, como actores en los espacios públicos, de ciudadanos de superior talante moral o intelectual. Es la hora de los segundones. Las *sargentadas* se nutren de cálculos mezquinos, de la sed de beneficios sin preguntar por su honesto origen o su razón legal. En la desarmonía, el concepto mismo de ciudadano (como rango no sólo formal jurídico, sino de índole moral) resulta hecho trizas.

Porque el mediocre resulta miope respecto al bien común. No capta otra cosa que su propia jactancia o su burdo interés. Carece de ojos para ver la grandeza. Lo grave de la mediocridad es que eleva su rastrero criterio a máxima universal, provocando, así, la degradación de la existencia personal y social, sofocando el más leve intento de superación ética y política. El mediocre no llama a resistir frente a la adversidad, sino a la simple búsqueda de sus espacios personales. Su ambición es clara, pero no grande. No está vinculada a la grandeza de las causas que ameritan hasta el morir por ellas. Tiene la dimensión del egoísmo utilitario. Éste ignora siempre el auténtico bien del pueblo, los deberes del patriotismo y las exigencias concretas del fin social.

Cuando una comunidad (un cuerpo social en su conjunto; o sociedades intermedias como los partidos) caen en manos de un liderazgo afectado por el *vacuum* moral de la mediocridad, ello no ocurre sin alguna cuota de culpa —mayor o menor— de quienes forman parte de una u otra. No siempre hay tormentos inmerecidos. Muchas veces cada quien recibe lo que merece, por acción u omisión. El reconocimiento de las fallas que pueden agruparse en el elenco causal de tales ascensos patológicos resulta el primer paso para superarlos.

La envidia y la mentira, además de patologías morales, se convierten entonces en arsenal político. Ellas serán las armas emponzoñadas que, entonces, el vicio entronizado usará para intentar impedir la regeneración ética de la comunidad de que se trate. No basta entonces con afirmar la licitud de los fines. La licitud de los medios —el rechazo de todo maquiavelismo o neomaquiavelismo— se impone, también, a pesar de que pueda ser vista como lucha desigual frente a un *status* degradado. Ni el soborno ni la amenaza de vindicta puede formar parte del arsenal de combate. La altura de un replanteamiento de dignidad moral en el orden comunitario o vence dignamente, respondiendo a la propia naturaleza de sus banderas, o esa comunidad (sea la de un partido o la de una nación o un país) se mostrará tan profundamente maleada que resultará incapaz de ser convocada eficazmente a la superación de su lamentable estado. La búsqueda de la verdad política y la tarea de construcción del bien común pueden (y deben) hacerse más allá de que resulten expresión de los errores y horrores prácticos por parte de quienes lucen aligerados de toda rectitud de conciencia.

El *New Age* como fundamentalismo totalitario

A los mitos de la raza, de la clase de la nación o del dinero han seguido otros. El susurro demoníaco del *sereis como dioses* no cesa de alentar sincretismos *à la mode*. Basta considerar el apoyo del aparataje de la cultura dominante a expresiones de refinado (a veces no tanto) anticristianismo como el *New Age*.

El *New Age* es el nazismo contemporáneo. Para los militantes de ese fideísmo, apoyado a menudo por los *poderes fácticos sin rostro conocido*, la creencia religiosa y la militancia política son, a la par, objetivos del odio planificado, dianas de tiro de la propaganda subliminal, el

enemigo —no solo el *adversario*— que es necesario *aniquilar* —no solo *derrotar*—, en el sentido común y en la opinión pública, por la manipulación mediática. La cultura dominante no sería tal sin el control de los medios de comunicación (sobre todo los televisivos). El *New Age* constituye la más peligrosa y polimórfica expresión de fideísmo ideológico en la agonía de la modernidad y la postmodernidad. Pretender sustituir la ética de la responsabilidad personal y colectiva por un difuso sentimentalismo o esteticismo conduce a una pérdida profunda de lo humano y a la efectiva carencia del valor radical de la libertad. Conduce a una pérdida del sentido de obligaciones radicales que, como respuesta coherente a los desafíos de la existencia humana, vinculan al ser humano con Dios y con sus semejantes, comenzando por el prójimo —*el próximo*— (familia, vecindario, nación, pueblo).

El *New Age* es expresión del postmodernismo como reflejo de la pérdida de sentido de la vida para la cultura dominante. El supuesto funcionamiento espontáneo de la sociedad y la visión de una libertad sin finalidad son las características de una época cuyos voceros mediáticos presumen es post política y post moral.

Existe, así, un trastocamiento generalizado; un riesgo de desacomodo y de colocar al revés, trastocándolo, el orden de las cosas.

El riesgo, para nuestros pueblos, es perceptible, resulta de bulto. Es muy reducida nuestra capacidad de invención en el campo tecnocientífico. La colocación financiera —escasa, por demás— se espera que venga de fuera. La creación artística padece, más de lo que sería de desear, de mediocridad, de mimetismo sin originalidad y mal gusto que suele acompañar los déficits de genialidad real. Pareciera que, al buscarse el rasante por lo bajo, todo se enaniza y carece de aliento para lo perdurable. Se despierta y se extiende la tentación simbolista, como si ella pudiera conjurar el maleficio de la post modernidad. El post marxismo ha coincidido con la post modernidad de una manera singular. Ha aflorado, en el marco de la cultura dominante, un neo corporativismo; y los liberales, en una exaltación con ribetes ideológicos de la multiforme sociedad civil, ponen el énfasis en el autocontrol social. Se busca —con más afán antropológico que el Diógenes de la linterna— un *Volkgeist* pero no un *consenso* verdadero, asentado tanto en la libertad como en la responsabilidad. La “ética” resulta, así, una moral desilachada, carente

de absolutos y ayuna de trascendencia; derivada, a lo más, de una formulación pactista, de savia rousseauniana o kantiana. Ya se habló de Kelsen y de Rorty.

La patria vista de tal modo, resulta una metáfora. Los metafóricos se expresan con una retórica del juicio de configuración maximalista. Los aspirantes a nuevos césares reclaman el monopolio del juicio; sin admitir el riesgo de ser ellos mismos enjuiciados. Es la muerte anunciada del pluralismo y la crítica. Se contempla el auge de la sustitución del consenso (fruto de una racionalidad política sobre valores) y la deliberación por la imposición arbitraria. La historia por escribirse del siglo XXI luce, desde su inicio, como un gran desafío para el ejercicio responsable de la libertad y para la defensa de la libertad misma, junto con la dignidad de la persona y de los pueblos.

Política de valores. Conciencia ciudadana

La barbarie acrítica, utópica y con cierta dosis de degeneración social (por el agresivo y contumaz rechazo del derecho natural de algunos de sus más importantes exponentes) parece estar y puede estar —quiera Dios que de veras no esté— muy cerca, históricamente hablando, a la vuelta de la esquina. Su acecho al poder no es un delirio, ni una ficción. Y, mientras tanto, el ciudadano común se muestra anonadado, torpe al no encontrar quien le señale opciones ni le abra caminos. Se refleja, así, a menudo, la imagen de una sociedad de la desconfianza, en la cual los desconfiados tienen su balandra varada en el mar de los sargazos de la duda. Duda sin claridad. Duda amarga, para la cual todo proyecto cultural y político serio es una sombra inconveniente por la desordenada ambición de los egoísmos. Duda que no logra superar la barrera de los diagnósticos y remedios. Duda, en fin, que se afinca, en el cuestionamiento de lo que ha percibido y sufrido como expresión de lo público.

No es una cuestión accidental, ni marginal. H. Arendt destacó cómo la organización social de las esferas de lo público y lo privado se hace, desde el clasicismo helénico, en función del *otro*. Así, en la *polis* se afirmaba la primacía de lo público sobre lo privado. El ciudadano ateniense sólo daba un pleno sentido a su existencia viéndola insertada en la dinámica de la *polis*, de la ciudad-Estado. En las formas corruptas de gobierno (tiranía, oligarquía, demagogia) se daba, por el contrario, la primacía

de lo privado sobre lo público. En la actualidad, quienes niegan la licitud de lo público ejemplifican aquello que N. Bobbio ha llamado *el refluxo político*.

El desarraigo es, también, sin duda, consecuencia de la falta de eticidad; de la ausencia de referencia histórica y del malestar por no llegar a ser lo que de veras tenemos posibilidad de ser, con un frenesí de copiar modelos que cambian, periódicamente, uno tras otro.

El enraizamiento sólo adquiere plenitud en un medio social determinado como consecuencia de una opción no sólo política sino prioritariamente moral. La militancia en pro del bien común supone una *areté* ciudadana. Los deberes para con Dios y los demás tienen un tiempo, el de la existencia singular y comunitaria que, además, posee siempre un preciso marco histórico. Alguien ha dicho que el tiempo del imaginario moderno, en el período post guerra fría, es el tiempo del mercado financiero. Así el tiempo histórico que la deliberación para la búsqueda de los consensos democráticos requiere está cuestionado por los instrumentos mediáticos de la sociedad del conocimiento. El tiempo político, que es el tiempo por atonomasia para la deliberación, es el tiempo para la construcción social. No es un tiempo de momentaneidades sino de continuidades. Sin continuidad, sin duración, no hay posibilidad de institucionalidad verdadera.

El reconocimiento de la dimensión histórica del comportamiento moral del ser humano no debe llevar a una relativización de las obligaciones y de las responsabilidades éticas. No solo ante Dios sino también ante la historia, cada uno dará cuenta si pretende sustituir sus deberes como se cambia de ropa o se muda la simpatía de un equipo a otro en un campeonato deportivo.

Se requiere, en la actualidad, una vuelta a la afirmación de valores. Se requiere una política que sea expresión de valores, planteados y defendidos con novedad, claridad y fortaleza. Se requiere una constancia pedagógica en la proclamación y enseñanza de esos valores. Se requiere el arrastre contagioso del testimonio, el ejemplo de rectitud del liderazgo. Ello es así porque el vaciamiento de referencias morales ha sido brutalmente agresivo durante el último medio siglo. Por eso la historia de las últimas décadas ha tenido una creciente marca antihumana; ha sido progresivamente más cruel.

Las *sociedades mediáticas* han procurado sustituir el insobornable juicio de la conciencia recta por los veredictos de la opinión pública. El *imperio de lo efímero* llamó Lipovetsky a la *dictadura de la moda*⁷⁵. La moda y la opinión, en la *sociedad de conocimiento* son resultado experimental y predecible de la influencia mediática. Parece ser un efecto de corto plazo. La manipulación deliberada ha hecho a la opinión del común algo moldeable, voluble, vaciado de ideales, carente de valores, manipulable según los deseos de quien aspira a algo y puede vaciar todas las aguas en el canal de su interés. Efímera en cuanto fugaz es la sensación pasajera, momentánea, intrascendente, a la cual el hedonismo atiende.

Cuando el papel de la conciencia es ocupado por la opinión pública regida por los *mass media* (deformada, manipulada y degradada), la pérdida del sentido común y su sustitución radical por la simple estimulación primaria es un hecho empíricamente constatable. Entonces, cualquier aberración antihumana es posible en el horizonte cultural y político. Los *mass media* se orientan sindicalizadamente a producir una mediocre e insoponible tendencia a la uniformidad. El avance tecnológico se usa, así, no para elevar a las comunidades a las cuales en teoría informan (a menudo deforman), sino para rebajar y aplanar el relieve de lo humano en ellas. Se pierde, de tal manera, la unidad del conjunto. Porque la unidad del todo social no requiere del pensamiento único. Al contrario. Esa unidad humana reclama, para afirmarse, la diversidad real de las personas. La diversidad real, se entiende, en lo propiamente humano, en lo racional y volitivo; no en la animalización, ni en la prioridad de lo instintivo sobre lo ético. En el enfoque deformadamente unitario de la República mediática lo que se busca es la negación del *rescate de la diferencia*. Ello no ocurre por azar, ni es algo ingenuo. Tiene una carga ideológicamente torcida y una perspectiva moral degenerada.

La relativización de lo ético y el nuevo fideísmo que fusiona panteísticamente al hombre con el cosmos enmarca, como en el *New Age*, en la pretensión de dar a una ideología un aspecto de creencia, convirtiéndola en sucedáneo del ansia de infinito que el Creador ha puesto en la criatura humana. Y ello con el respaldo mayor que se pueda lograr del poder político y económico. Es el vaho letal de la civilización que muere. Lo ideológico-político está en el campo de la *doxa*, no en el de la *episteme* o en el de la *creencia religiosa*. Todo fideísmo político es por ello una deformación que encierra una negación de la libertad humana.

La tiranía ha procurado la eliminación de la política. La oligarquía pretende *ad nauseam* la banalización de la política. La demagogia, contumazmente, realiza la degradación de la política. Las formas patológicas de gobierno, según la tradición aristotélica, resultan, así, intrínsecamente antipolíticas. Porque el sucedáneo que generan para ambiente de lo público siempre olvida radicalmente a la persona humana. Porque lo que saben hacer es *política espectáculo*, y, por tanto, frivolar. Porque la formulación de una política de valores es radicalmente contraria a sus intereses.

Si todo es, desde la perspectiva de los estrategas de la cultura dominante, un presente continuo, la política está cuestionada, rechazada y superada como *fuerza de certezas*. La *certeza*, como sustituto de la verdad, en el sentido de la modernidad (certeza subjetiva, basada en la relatividad y en la apariencia) es su referencia. La *verdad*, en realidad, no les interesa para nada. Tal óptica ha logrado romper en el imaginario colectivo la percepción de los grupos políticos organizados como mediadores eficaces en el contexto de una sociedad pluralista para la búsqueda de los consensos democráticos. Los Parlamentos y los partidos vienen a ser, así, la piedra de tranca a una ambición oligárquica de poder sin límite.

En efecto los *poderes fácticos sin rostro conocido* utilizando los *mass media* buscan la posibilidad de una negociación directa entre ellos sobre las reglas de juego de la vida social. Los grupos de presión han absolutizado su interés. Buscan no el consenso democrático orientado al fin social (bien común), sino la garantía equilibrada de sus respectivos intereses. No desean que esa negociación tenga árbitros con asidero legal y poder político. El bien común, desde su perspectiva, es una mojiganga porque *nada* puede concebirse socialmente por encima, fuera o en contra de sus intereses. Se sienten, a su manera, realizando su propia ingeniería social. Consideran que nada supera (ni puede frenar) su capacidad real de construir, informar, reformar o destruir una determinada *realidad*. Realidad mediática, se entiende.

La confusión no inocente que el poder político tiránico y los *poderes fácticos sin rostro conocido* realizan entre lo estatal y lo público como *opuesto* a lo particular y privado, se enmarca, pues, en la estrategia perversa de negar lo público. Vano empeño. Inútil esfuerzo. Destructivo afán. Si lo público es la instancia superior a lo estrictamente individual

en la cual se procesa la acción colectiva, la rectificación de lo socialmente torcido o desviado supone, no sólo el replanteamiento de la exigencia moral radical en el orden personal y social, sino también la nueva interpretación y la nueva comprensión —superando los atavismos modernistas y las amarguras del escepticismo post modernista— de lo público.

La recuperación de la legitimidad de lo público, que reclama el protagonismo de dirigentes políticos, es condición necesaria para la superación de la anomia creciente, con su lastre de antipolítica y antipartidismo, en las sociedades del hedonismo. La negación de lo público conlleva, más pronto que tarde, la anulación social de las libertades cívicas y la muerte de los sistemas democráticos. Porque, en efecto, en una sociedad sin legitimidad de lo público no sólo hay rechazo visceral de la política y de los partidos, sino que no hay confianza pública. Y en una sociedad sin confianza pública (es decir, en una sociedad donde impera la desconfianza) es imposible la búsqueda, la obtención, la consolidación y la proyección histórica-política de los consensos democráticos. En las *sociedades de la desconfianza* no cuenta la conciencia ciudadana y el respeto al otro, sino la fuerza. La *sociedad de ciudadanos*, por el contrario, requiere confianza en las instituciones, tanto públicas como privadas; posibilidades reales de diálogo y concertación social.

La afirmación de la eticidad política o de la recta concepción de las vinculaciones necesarias entre la moral y la conducta en los espacios públicos es algo que no puede confinarse en los linderos de una militancia. La deseable revalorización de lo ético en la vida social y política reclama esa colaboración que los italianos, con su fecunda capacidad de identificación terminológica (nunca puesta en duda) han llamado *colaboración transversal*. Con ello desean indicar la necesidad de cooperación *política* para la afirmación de valores éticos esenciales. La razón luce evidente —y así se ha destacado por voces muy autorizadas—: las cuestiones éticas de fondo están por encima de las diferencias partidarias; y reclaman la unidad (aquella *in essentia unitas* agustiniana) en defensa de lo propiamente humano, en defensa de la cultura de la vida y la solidaridad.

La defensa de la conciencia ciudadana

La causa de la libertad y de la responsabilidad es la causa de la defensa propia de la conciencia ciudadana. La conciencia ciudadana pue-

de y debe organizar tal defensa. No es encapsulada en su mismidad como cada persona desarrollará sus potencialidades de participación responsable en el contexto social. El ejercicio responsable de su libertad lo hará cada ciudadano con los otros, por los otros, para los otros. No es un simple equilibrio de derechos y deberes. Es mucho más. Es el esfuerzo, en marco comunitario, en pro del bien común social. Es, sobre todo, la armonía resultante del ejercicio responsable de la libertad ante los desafíos concretos que se presentan en un determinado momento de la historia.

Es necesario reclamar el liderazgo crítico del ciudadano con *sindéresis*. La legitimidad de la política y de los espacios públicos no puede estar sujeta a los alardes retóricos apocalípticos de cualquier iluminado que pida la *extirpación de la clase política como tumor social*. Los consensos políticos, que se buscan con necesidad de medio en la licitud de los espacios públicos a través de la deliberación y de la confrontación pluralista, no los hacen los *showmen*. La República mediática es autocéfala. Sus elementos rectores podrán señalar, con ademán farisaico, con narcisismo ostentoso, los defectos existentes en cualquier parte del cuerpo social, pero nunca tendrán el temple moral y la grandeza ciudadana de reconocer sus propias culpas, de pedir perdón por ellas y de repararlas adecuadamente. La voluntad de dominio lleva a tal óptica a ver todo bajo el ángulo de las relaciones de poder. Grave error. Ese reduccionismo es profundamente deformante de todo el vitalismo social y caldo de cultivo de impensables violencias.

Sin mezclar la religión y la política (tanto de las mezclas como de los divorcios absolutos hay que cuidarse, porque dan lugar a fundamentalismos diferentes, *confesionales* o *secularistas*), puede decirse que la falta de fe religiosa en una sociedad suele ir aparejada de una mayor disolución de las costumbres y de un debilitamiento proporcional de la conciencia ciudadana en el ámbito social y político. Jacques Maritain señaló, hace más de medio siglo, con sobrada razón, que la democracia para ser un sistema que contribuya a la perfectibilidad de la persona y de la sociedad requería del fermento de las virtudes evangélicas vivificando la existencia comunitaria.

Sin un soporte ético la existencia política y civil se degrada irremisiblemente. ¿Cómo puede clamarse contra la corrupción en la vida pública sin una exigencia similar respecto a la vida personal y social? La

exaltación de los vicios y la burla de las virtudes, el desprecio a los hábitos rectos y la aquiescencia a la doblez han generado el archivo del respeto mutuo. Se ha hecho patrón generalizado la desconfianza. Ello ha corroído al extremo la salud de las instituciones.

Se plantea alcanzar los más altos niveles de bienestar material prescindiendo del bien ser espiritual y cultural. La pseudo ética sin responsabilidad contempla derechos pero no deberes ni riesgos. La seguridad y el orden se plantean incluso al costo de la propia y ajena dignidad. Materialismo inmanentista. Individualismo egoísta. La falsa moral hedonista de la cultura dominante no pone a salvo ni el derecho ni la libertad. No hay posibilidad alguna de reglas de juego estables, de consenso social. La existencia comunitaria se vuelve, así, un conjunto de asperezas en choque que sólo una ficticia contractualidad logra darle razón de ser.

La madurez institucional nunca será alcanzada sin un esfuerzo real y continuado por lograr el perfeccionamiento personal y de las *sociedades intermedias* que constituyen la llamada sociedad civil. Las crisis no encuentran salida en la amargura. Las calles ciegas de la crispación engendran sólo frustraciones. Debemos buscar salidas a las crisis sin fatalismos trágicos. Desde el ángulo del humanismo cristiano es una necedad buscar *el mundo feliz*, como en la ficción de Huxley. (¡Extraño *mundo feliz* el de Huxley que, como anticipo de las desgracias presentes, propias de la *cultura de la muerte*, separaba radicalmente la sexualidad de la capacidad generativa; y proclamaba el condicionamiento químico y psíquico de los embriones para la vida adulta).

El desquiciamiento socio-político encuentra su base en el deterioro creciente del orden moral-cultural. La anomia es consecuencia directa del impacto social de la cultura dominante. Estamos en el reino del desaliento postmodernista, con su amargura anticristiana. Es el *salto atrás* del paganismo, que se pretende vender en el *marketing* atosigante de los *mass media* como si fuera expresión de progreso. La fuerza mediática, haciendo alarde de su poder, pone de manifiesto, a la vez, sus carencias y limitaciones. No tiene el aliento necesario para respaldar una alternativa de futuro.

Si no hay acuerdo sobre valores, si estos valores no informan la vida política real, el consenso democrático concluye por ser sólo

procedimental; es decir, se reduce a una camisa de fuerza liberal burguesa, incapaz de superar el escepticismo y el desaliento. La disyuntiva de nuestra sociedad contemporánea es, pues, —digámoslo con claridad— *regeneración moral y política* con la afirmación de la cultura de la vida o *cataclismo*, siguiendo los dictados de la cultura de la muerte.

A la confusión sobre el presente se une, en la actualidad, la incertidumbre sobre el futuro. Se pretende saber que es lo que ya carece de vigencia. Se ignora, a la vez, la tendencialidad del mañana inmediato. Hay, pues, certeza en la negación y búsqueda angustiada de la afirmación.

Se observa una aceleración de la historia. El tiempo, el sentido histórico del tiempo, ha variado con los avances tecno-científicos de la sociedad del conocimiento. La sensación histórica del tiempo se percibe como dotada de mayor velocidad. El ritmo vital (¡qué duda cabe!) es en la actualidad más acelerado que el de las generaciones precedentes.

La simple catarsis no es purificación. Ella no entraña, por supuesto, posibilidad segura de rectificación. Porque el desahogo, por sí mismo, no provoca —aunque rebaje la presión— ni el arrepentimiento moral ni la rectificación auténtica, que conducen a la recuperación de la rectitud y la bondad perdidas. No es, sin duda, una terapia de *moralina* lo que reclama, para su salud, la civilización que nace. Del hombre que ha de darle vida se espera mucho más. Se ha hablado (Juan Pablo II) de *ecología humana*. Desde el punto de vista moral puede hablarse, por ello, también, de contaminación ambiental. El obrar humano, si carece de rectitud ética, puede ser, en todos los sentidos, depredador y contaminante. Es más fácil corregir la contaminación ambiental que poner fin al envenenamiento de las inteligencias y de las conciencias. El paganismo postcristiano es disolvente de valores y destructor de la persona. La religión (*opio*, para Marx; *neurosis*, para Freud) sigue siendo fontal, para la persona y la sociedad.

El discernimiento entre el bien y el mal depende de la posibilidad de llegar a la Verdad, de estar en relación con ella. Si no, la libertad de escogencia (la *vis electiva meliorum*) sería el mundo de lo absurdo. Porque se trataría de buscar el fin escogiendo a ciegas. La vida social estaría signada por el azar...¡o por la violencia! El darwinismo social, de nuevo, planteando la supervivencia de los más fuertes.

El cristiano no puede olvidar que, como enseñan los textos del Nuevo Testamento, siendo ciudadano de la ciudad terrena, está en camino hacia la verdadera Patria⁷⁶. Como ha destacado Ratzinger, esa actitud “escatológica” garantiza, contra el absolutismo, “los límites del Estado y de la Iglesia en el mundo”⁷⁷. “Siempre que se ha mantenido esta actitud fundamental –agrega-, la Iglesia ha sabido que no puede ser el Estado, que la ciudadanía definitiva está en otra parte y que en la tierra no se puede erigir el Estado divino. La Iglesia respeta el Estado terrenal como un orden propio del tiempo histórico, con sus derechos y sus leyes, que ella acepta. Reclama, pues, la convivencia leal y la cooperación con el Estado terrenal. También cuando no es un Estado cristiano. (Rom 13, 1; 1 Petr 2, 13-17; 1 Tim 2,2). Al exigir la leal colaboración del Estado y el respeto a su peculiaridad y sus límites, la Iglesia educa en las virtudes que hacen bueno al Estado. Pero también pone una barrera a su omnipotencia. Dado que ‘es preciso obedecer a Dios antes que a los hombres’ (Act 5,29), y como quiera que sabe por la palabra de Dios qué es el bien y el mal, la Iglesia llama a la resistencia dondequiera que se mande hacer el mal auténtico y lo adverso a Dios. Estar en camino hacia la ciudad nueva no aleja, sino que es, en realidad, la condición para restablecernos y restablecer al Estado. Cuando los hombres no tienen otra cosa que esperar que lo que les ofrece este mundo, cuando deben y tienen que exigírselo todo al Estado, se destruyen a sí mismos y destruyen al Estado. Si no queremos caer de nuevo en las garras del totalitarismo, tenemos que mirar más allá del Estado, que es una parte, no el todo. La esperanza en el cielo no está en contra de la fidelidad a la tierra: es esperanza también para la tierra. Esperando lo más excelso y definitivo, los cristianos debemos y tenemos que llevar esperanza también a lo provisional, al Estado en el mundo”⁷⁸.

Hacia la civilización del amor y de la paz

En su Mensaje (fechado el 8 de diciembre del 2000) para la XXXIV Jornada Mundial de La Paz, que se celebró el 1º de enero de

⁷⁵ Cfr. LIPOVETSKY, G., *El Imperio de lo efímero*, Barcelona, 1996.

⁷⁶ *Ep. a los Filipenses*, 3, 20: “Nuestra ciudadanía está en los cielos”; *Ep. a los Hebreos*, 13, 14: “...no tenemos aquí ciudad permanente, antes buscamos la futura”.

⁷⁷ RATZINGER, J., *Verdad, valores, poder*, cit., p. 107.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 107-108.

2001, intitulado *Diálogo entre las culturas para una civilización del amor y de la paz*⁷⁹, el Santo Padre Juan Pablo II llama en el inicio del nuevo milenio a hacer viva la esperanza de una verdadera fraternidad universal. Luego de destacar la realidad de las diferentes culturas y tradiciones de los pueblos, el Papa llama al diálogo intercultural para el cual ofrece algunos principios orientadores. La diferencia cultural da a la persona humana una particular formación humana y pertenencia cultural. “Las diferencias culturales –dice el Papa- han de ser comprendidas desde la perspectiva fundamental de la unidad del género humano”. La propia diversidad de culturas debe llevar a un respeto recíproco por la autenticidad de cada cultura humana y por el valor del *ethos* que lleva consigo. Juan Pablo II indica que la solidez de la orientación moral de cada cultura puede, de alguna manera, medirse “por su razón de ser a favor del hombre y en la promoción de su dignidad a cualquier nivel y en cualquier contexto”. Señala que si bien es preocupante la que llama *radicalización de las identidades culturales* (que procura el cerrarse de algunas culturas a todo influjo externo beneficioso), es arriesgada aquella que califica de *servil aceptación de las culturas* (o de algunos de sus aspectos importantes). Pone como ejemplo algunos “modelos culturales del mundo occidental que, ya desconectados de su ambiente cristiano, se inspiran en una concepción secularizada y prácticamente atea de la vida y en formas de individualismo radical”.

La cultura dominante en Occidente, al inicio del siglo y del milenio resulta, en expresión del Papa, “un fenómeno de vastas proporciones, sostenido por poderosas campañas de los medios de comunicación social, que tienden a proponer estilos de vida, proyectos sociales y económicos y, en definitiva, una visión general de la sociedad, que erosiona internamente organizaciones culturales distintas y civilizaciones nobilísimas”. Señalaba Juan Pablo II que los *modelos culturales de Occidente*, “fascinantes y atrayentes” por su carácter científico y técnico, muestran *in crescendo*, desgraciadamente, “un progresivo empobrecimiento humanístico, espiritual y moral”.

Para la recíproca comprensión entre los hombres y culturas es necesario el diálogo. El aluvión de imágenes y palabras de la comunicación global está transformando las relaciones entre los pueblos y la comprensión

⁷⁹ JUAN PABLO II, *Diálogo entre las culturas para una civilización del amor y la paz*, Mensaje para la XXXIV Jornada Mundial de la paz (1° de enero de 2001), Roma, 8 de diciembre de 2000.

del mundo. Un número reducido de países tiene el monopolio de las 'industrias' culturales, pudiendo, con la distribución creciente de sus productos, constituirse en "potente factor de erosión de las características culturales". Debe buscarse un equilibrio armonioso entre el respeto a la identidad cultural de las migraciones y el respeto a la "fisonomía cultural" de los territorios a los cuales llegan os inmigrantes. Sin caer en la indiferencia, deben saberse conjugar el diálogo entre las culturas y el respeto a la identidad de ellas. El diálogo se fundamenta en los valores comunes a todas las culturas, en cuanto arraigados en la naturaleza de la persona. "Hace falta -dice el Papa- cultivar en las almas la conciencia de estos valores, dejando de lado prejuicios ideológicos y egoísmos partidarios, para alimentar ese humus cultural, universal por naturaleza, que hace posible el desarrollo fecundo de un diálogo constructivo".

Se refiere a una *cultura de la solidaridad* que tenga como objetivo principal la promoción de la justicia. Clama por la ayuda a pueblos enteros excluidos o marginados del desarrollo económico y humano. Habla del aumento del armamentismo, que alcanza no sólo a los Estados, sino a entidades no institucionales como los grupos paramilitares y las organizaciones terroristas; y de los constantes brotes de belicismo y de violencia. "Ante tales amenazas -dice el Papa-, todos tienen que sentir el deber moral de adoptar medidas concretas y apropiadas para promover la causa de la paz y la comprensión entre los hombres".

Llama también Juan Pablo II al respeto de la vida humana, la realidad más sagrada e intangible. "No puede haber paz -recuerda- cuando falta la defensa de este bien fundamental. No se puede invocar la paz y despreciar la vida". Y agrega: "Nuestro tiempo es testigo de excelentes ejemplos de generosidad y entrega al servicio de la vida, pero también del triste escenario de millones de hombres entregados a la crueldad o a la indiferencia de un destino doloroso y brutal. Se trata de una trágica espiral e muerte que abarca homicidios, suicidios, abortos, eutanasia, como también mutilaciones, torturas, físicas y psicológicas, formas de coacción injusta, encarcelamiento arbitrario, recurso absolutamente innecesario a la pena de muerte, deportaciones, esclavitud, prostitución, compra-venta de mujeres y niños. A esta relación se han de añadir prácticas irresponsables de ingeniería genética, como la clonación y la utilización de embriones humanos para la investigación, las cuales se quieren justificar con una ilegítima referencia a la libertad, a progreso de la cultura y a la promoción del desarrollo humano".

El Papa indica que en la construcción de un mundo más solidario y pacífico la educación tiene una función particular. “La educación – dice- puede contribuir a la consolidación del humanismo integral, abierto a la dimensión ética y religiosa, que atribuye la debida importancia al conocimiento y a la estima de las culturas y de los valores espirituales de las diversas civilizaciones”.

Finaliza llamando a todos los cristianos a ser, luego del Gran Jubileo, dos mil años después del nacimiento de Jesús, “testigos y misioneros de perdón y reconciliación” y llamando a los jóvenes, futuro de la humanidad, a ser “piedras vivas para construir la civilización del amor”, “artífices de una humanidad, donde hermanos y hermanas, miembros todos de una misma familia, puedan vivir finalmente en paz”.

Al concluir el Gran Jubileo del Año 2000, el Santo Padre Juan Pablo II envió su Carta Apostólica *Novo Millennio Ineunte*⁸⁰. En ella el Papa, elevando una acción de gracias por los frutos del Gran Jubileo (la prensa estimó, conservadoramente, en más de 25 millones de peregrinos los que a lo largo del año jubilar visitaron Roma para ganar el Jubileo) llama a una nueva primavera del espíritu, caminando desde Cristo, después de haber contemplado su Rostro, apostando por la caridad, con afán de diálogo y misión a la luz del Concilio Vaticano II, al cual califica como *la gran gracia de la que la Iglesia se ha beneficiado en el siglo XX*.

“Nuestra andadura, al principio de este nuevo siglo, debe hacerse más rápida al recorrer los senderos del mundo. Los caminos por los que cada uno de nosotros y cada una de nuestras Iglesias camina, son muchos, pero no hay distancias entre quienes están unidos por la única comunión que cada día se nutre de la mesa del Pan eucarístico y de la Palabra de vida”. En ese caminar nos acompaña, recuerda el Papa, la Santísima Virgen, a la cual confió, junto con muchos Obispos llegados a Roma desde todo el mundo, el tercer milenio, invocándola como *Estrella de la nueva evangelización*⁸¹.

⁸⁰ JUAN PABLO II, Carta Apostólica *Novo Millennio Ineunte*, Roma 6 de enero de 2001

⁸¹ *Ibidem*, n. 58.

LA TRIBUTACIÓN PETROLERA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Antonio Casas-González

I. ANTECEDENTES GENERALES

La distribución de los beneficios de la extracción y el procesamiento de hidrocarburos entre los productores y los estados es, y seguirá siendo, un tema fundamental y controversial. Evidentemente, el caso es aún más preponderante en aquellos países como Venezuela, en los cuales ese sector representa una significativa parte de la actividad económica general.

No obstante los impresionantes avances logrados por nuestro país en el sector industrial, especialmente durante la segunda mitad del siglo pasado, lo cierto es que el sector petrolero sigue generando cerca de una cuarta parte del producto interno, aproximadamente tres cuartas partes del valor de las exportaciones y más de la mitad de los ingresos fiscales. Si consideramos la experiencia de México, que es el otro país de América Latina con una industria de hidrocarburos de dimensiones comparables, encontramos que la incidencia relativa de ese sector ha venido disminuyendo en los últimos años. Es así que actualmente la actividad petrolera representa apenas cerca de una décima parte del total de las exportaciones y dos quintas partes del ingreso fiscal de ese país.

Otro aspecto significativo es que la situación con respecto a la participación de los estados en los beneficios de la industria petrolera es muy diferente en los países en que el sector está compuesto por intereses mayormente privados y aquellos en los cuales predomina una empresa del propio estado, como sucede en Venezuela y México y en los países miembros de la OPEP. En estos casos, el estado debe considerar los intereses de la sociedad en su conjunto y permitir, a la vez, que la empresa nacional pueda operar con eficiencia. En cambio, en los países en que son las empresas privadas las que actúan, el estado simplemente debe asegurar que ellas están cumpliendo con sus obligaciones tributarias y de otro tipo, como las de las normas de protección del ambiente o de seguridad industrial. Inclusive, en algunas circunstancias, como ocurre en Estados Unidos, los gobiernos recurren a mecanismos especiales para favorecer a

las empresas, como el de permitir una descarga tributaria por el desgaste natural de un bien no-renovable (“depreciation allowance”).

Por otra parte, el tema se complica por tratarse de un producto en el que existe una gran volatilidad de precios. Los ciclos de altas y bajas cotizaciones se repiten y, por lo regular, de manera inesperada. Las características de la industria petrolera y la gran variedad de situaciones que pueden afectar la oferta y la demanda, como son los procesos macroeconómicos nacionales o internacionales, los acontecimientos políticos, los cambios tecnológicos, los accidentes ambientales, los fenómenos climáticos y tantos otros eventos, inciden en la inestabilidad de los precios. A todo esto, se agrega el creciente manipuleo de precios con el surgimiento de mecanismos de ventas “libres”, como es el caso de las transacciones a futuro. En éstas, se vende un bien que todavía no se ha producido, lo cual genera transacciones especulativas que distorsionan al mercado.

A su vez, la volatilidad de precios ha traído continuos desajustes económicos, con serias consecuencias sociales, particularmente, en países altamente dependientes de la industria de hidrocarburos, los cuales han tenido que adoptar en diferentes momentos, difíciles medidas de política. También, las empresas petroleras, tanto privadas como del estado, se han visto en la necesidad de realizar cambios operativos, algunos radicales, para poder mantenerse competitivas. Esto se ha buscado a través de medidas que permitan un corte en los costos de producción, como los despidos de empleados o las asociaciones entre empresas productoras.

Por otra parte, en tiempos recientes se ha hecho evidente que el precio de los productos finales, o sea los que en definitiva afectan a los consumidores, también juegan un papel muy importante en la inestabilidad de los mercados y que ellos no dependen solamente de los cambios en la oferta y demanda de los crudos o de los productos derivados. Se trata también de un tributo al estado, pero en este caso lo paga, no el productor ni el distribuidor, sino el consumidor final. El promedio para los países industrializados que forman el conocido Grupo de los Siete era de 55% del precio al consumidor en días recientes, desde un 33% en Estados Unidos a un 71% en Francia. Este no es un hecho nuevo o desconocido, ha sido mencionado en diversos medios desde hace tiempo y en muchas oportunidades. Lo nuevo es la reacción popular que se ha presentado

simultáneamente en varios de los principales países consumidores, particularmente en Europa. Esta situación le ha creado a varios gobiernos problemas sociales que podrían tener un alto costo político y ha puesto en evidencia que la búsqueda de mecanismos de estabilización conviene tanto a los países consumidores como a los productores.

La volatilidad de los precios del petróleo obliga a los países cuyos ingresos fiscales dependen significativa mente de los mismos, a buscar soluciones que permitan una más permanente y confiable evolución de su desarrollo económico y social. Un mecanismo como el Fondo de Estabilización Macroeconómico, de reciente creación en el caso de Venezuela, es un paso en el camino correcto, ya que las circunstancias actuales no permiten que el país se administre con una actitud rentista y una visión de corto plazo.

De las experiencias observadas en Venezuela y en otros países productores, se puede llegar a algunas consideraciones generales en torno al tema que nos ocupa.

Es evidente, por ejemplo, que las circunstancias cambian de manera dinámica y dependen de factores que son difíciles ya veces imposibles de controlar. Esto significa que las reglas para la repartición de los beneficios entre estado e industria no pueden ser permanentes en el tiempo. Bien decía el Ministro de Energía y Minas, Alí Rodríguez Araque recientemente en una conferencia dictada en el Instituto de Estudios Superiores de Administración (I.E.S.A), que lo que era bueno en la Ley de Hidrocarburos para una época, en la que Venezuela importaba gasolina y otros productos y exportaba crudos, no lo es en la actualidad.

Por esta razón, las disposiciones correspondientes deben ser materia para leyes o reglamentos, pero no para Constituciones que deben tener un propósito más permanente o de más larga duración. Dichas disposiciones tienen que ajustarse a los intereses de cada nación, de acuerdo con sus propias condiciones y propósitos. Sin embargo, en la medida que ellas parezcan más definitivas, sean relativamente sencillas de entender y se administren con la mayor transparencia, serán más efectivas.

II. LA TRIBUTACION PETROLERA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

La Constitución de 1999, como las anteriores, no se refiere de manera directa o específica al Tributo Petrolero. Sin embargo, a partir del Título VI, Capítulo I (Del Sistema socioeconómico) aparecen varios artículos que se refieren a la actividad petrolera.

En el artículo 302 se especifica que “por razones de conveniencia nacional” el Estado se reserva, por medio de una ley orgánica, “la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y carácter estratégico”. Más aún, se agrega que “el Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear o innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo”.

El artículo 303, refuerza este concepto al estipular que “el Estado deberá conservar el total de las acciones de PDVSA o sea cual fuere el ente creado con el propósito de manejar la industria petrolera”. Sin embargo, a continuación exceptúa “las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos “de Venezuela, S.A.”

Es evidente que estos dos artículos establecen lineamientos muy importantes como son: el propósito de darle preeminencia al procesamiento de los recursos naturales por encima de la exportación de la materia prima; el utilizar esos recursos como instrumento para acelerar el desarrollo económico y social del país; y, el asegurar la presencia permanente del Estado en el diseño de políticas, delineación de planes y en la aprobación de los presupuestos y resultados financieros de la empresa del Estado. Pero además, claramente acepta y promueve la participación de otros mecanismos mixtos o privados en actividades del sector.

Más adelante, el Capítulo II del mismo Título, al referirse al Régimen Presupuestario, el Artículo 311 de la Constitución establece que “el ingreso que se genere de la riqueza del subsuelo y los minerales, en general, propenderá a financiar la inversión real, productiva, la educación y la salud”.

Este párrafo es particularmente novedoso ya que más allá de cualquier plan o diseño presupuestario, se indican unas prioridades para los gastos que se realicen con fondos provenientes de determinadas actividades. Por ser un mandato constitucional, parecería necesario lograr una definición más precisa en el momento de decidir las políticas y en las leyes o reglamentos que tengan que ver con el presupuesto.

Con respecto al Sistema Tributario aparecen apenas dos artículos, el 316 y 317, en el que se establecen unos lineamientos generales y se dejan los detalles para las diferentes leyes o disposiciones tributarias. No hay ninguna referencia específica a los hidrocarburos o a otras actividades extractivas pero es interesante mencionar que en el Artículo 317 se dice que “ningún tributo puede tener efecto confiscatorio”, lo cual es indudablemente importante para los inversionistas en esos sectores.

Por último en la sección correspondiente a la Coordinación Macroeconómica, se introduce un artículo específico con respecto a la creación “de un fondo de estabilización macroeconómica” con el propósito de evitar los efectos históricos de la inestabilidad del ingreso fiscal. Como se menciona anteriormente, este fondo viene operando desde hace casi un año. Lo importante es que ahora su existencia adquiere nivel de mandato constitucional.

La idea de un mecanismo de este tipo se vino proponiendo desde hace tiempo, pero faltó siempre el consenso o la voluntad política. A raíz de una iniciativa del Banco Central, en donde se redactó un primer borrador, y después de largas discusiones y modificaciones en el Congreso, se logró su aprobación a través de una Ley Habilitante, aunque por falta de recursos no se constituyó el fondo operativo hasta fines de 1999, por medio de una nueva Ley Habilitante. Los primeros aportes de realizaron en diciembre de ese año.

La creación de este mecanismo es de la mayor importancia. De haber existido, por ejemplo, en 1997 los fondos reprimidos como resultado de los altos precios de ese año, hubieran podido servir para compensar, en parte, los graves desajustes por la caída de los mismos en 1998. Cuando esto ocurrió, Noruega, país que depende también en gran medida de los ingresos de ese sector, tenía cerca de 6.000 millones de dólares acumulados en su fondo de estabilización y pudo enfrentar, sin grandes dificultades, la caída de sus ingresos fiscales.

III. LAS NUEVAS PERSPECTIVAS

Aun cuando la nueva Constitución no contiene disposiciones específicas con respecto al tributo petrolero, los diversos artículos a los que se ha hecho referencia, establecen, en letra y espíritu unos lineamientos importantes.

Sin embargo, es conveniente que el Estado vaya definiendo, lo antes posible y con mayor precisión las nuevas reglas del juego, tanto en relación con los mecanismos para la distribución de los beneficios, como con respecto a los alcances de la acción de PDVSA y las posibilidades o limitaciones del sector privado en la Industria.

Es muy importante que el Estado conozca en todo momento el potencial financiero de PDVSA, con el propósito de saber hasta donde puede participar en sus ganancias, sin afectar su capacidad de inversión.

Es bien conocido el problema que ha existido en ciertos países petroleros con empresas nacionales. En algunos se ha querido resolver situaciones coyunturales a través de impuestos especiales, dividendos exagerados o el aprovechamiento de la capacidad de endeudamiento de la compañía.

En el caso de Pemex, por ejemplo, hubo una época en la que la empresa prácticamente se convirtió en agente financiero del gobierno mexicano, lo cual afectó con el tiempo su propio acceso a los mercados financieros. Aunque esto se ha ido resolviendo, en una entrevista del 11 de febrero del año pasado, en el Wall Street Journal, el Director General, Rogelio Montemayor, resaltó la importancia de que el Estado “reforme el sistema regulatorio y fiscal.... para permitir que la empresa sea más competitiva y se refiere a la necesidad de aplicar un .tratamiento tributario muy distinto”. En 1998, al caer los precios, Pemex tuvo que declarar una “pérdida de 1600 millones de dólares”. Esta preocupación fue evidente, además, en la presentación hecha por Juan Carlos Boué, alto funcionario de esa empresa, durante el Segundo Encuentro Internacional de Economía, auspiciado por el Banco Central de Venezuela en Octubre de 1998 (ver Revista BCV - Foros 3/1999).

Un aspecto que debe ser analizado en la experiencia venezolana y al que hemos hecho referencia en el pasado, es el de la evolución de la contribución de los ingresos fiscales del petróleo al Producto Interno Bruto (PIB), durante las últimas tres décadas. En el período 1968/1978 el promedio anual fue de 16,3%, cayó a 13,3% en 1997 ya 6,3% en 1998. En 1999 aumentó a 8,4% y **en el año 2000 se estimó**, que podría subir a cerca del 12,0%. Sin embargo, la contribución de petróleo **al PIB estuvo entre aproximadamente un 20% y un 25% durante todo ese período de referencia.**

Es evidente que dentro de un período relativamente breve, tendrá el Estado que decidir acerca, de la forma en que se irá elaborando un esquema para la futura distribución de los beneficios de la actividad petrolera. En las “Disposiciones Transitorias” de la nueva Constitución, la cuarta (numeral 5) estipula que dentro del primer año de haberse instalado la Asamblea Nacional, ella deberá aprobar la legislación tributaria, entre otras.

En los últimos meses **del año pasado**, algunos altos funcionarios del Gobierno han hecho declaraciones importantes con respecto a ciertos lineamientos de política. Es así que en febrero **2000**, el titular de Energía y Minas, Alí Rodríguez Araque, al hacer una presentación sobre el Plan de Negocios de PDVSA hasta el año 2009, manifestó que dentro del mismo existe el objetivo de “impulsar un proceso vigoroso de formación de capital nacional” y se refiere de manera específica al “capital privado”. En la misma oportunidad, el Vicepresidente de PDVSA, Francisco Marsicobrete, al referirse al plan gasífero reiteró que “se espera hacer un aporte mayoritario del capital privado en cada uno de los proyectos por desarrollar”.

Posteriormente, en una entrevista publicada el 3 de septiembre del 2000 en el diario El Universal, el Ministro Rodríguez Araque al referirse al nivel actual del impuesto sobre la renta (67, 7%), lo califica como un “obstáculo” para la “actividad industrial” y agrega que “estamos pensando en bajar los impuestos aguas abajo y subir los impuestos aguas arriba”. Esta tesis fue nuevamente expuesta por el Ministro en el foro “Venezuela y la Cumbre de la OPEP” el 14 del mismo mes. En esa presentación, además, mencionó la conveniencia de “simplificar el tributo” y de revisar la Ley de Hidrocarburos que “fue buena para aquella época”, cuando se importaba gasolina y productos, “pero no para hoy”.

En una entrevista publicada el 15 de septiembre **del año** pasado en el periódico de la Industria (PDVSA al Día), Alvaro Silva Calderón, Vice-Ministro de Energía y Minas y Director Externo de PDVSA, entró en mayores detalles con respecto al tema tributario. En primer lugar, se refiere a la necesidad de elaborar una nueva Ley de Hidrocarburos con la idea de “revisar los criterios de regalía conjuntamente con la Ley de Impuesto sobre la Renta”. Además, agrega que tal vez “se contemple una distinción en las actividades de producción y refinación. Asimismo, el 27 de septiembre, la prensa caraqueña recoge unas declaraciones del Vice-Ministro en las que reitera esos conceptos de manera más específica. En ellas se habla de darle un tratamiento adecuado a los diferentes tipos de actividades y que las cargas tributarias podrían estar sujetas a la rentabilidad de las diversas operaciones. Se buscaría además, simplificar los esquemas, con lo cual se puede mejorar la fiscalización.

En cuanto a la relación entre regalía e impuesto sobre la renta, se ha dicho, informalmente, que la primera podrá aumentarse de 16,3% a 20% y el impuesto reducirlo de 67, 7% a 34%. De hecho, en el programa de gas ya se ha hecho, con un buen resultado con respecto al incentivo a la inversión.

Las orientaciones que se recogen de los planteamientos anteriores son alentadoras ya que van por el camino correcto. Algunos participantes en el foro del BCV sobre Políticas Fiscales, mencionado anteriormente, se refirieron a la posibilidad de eliminar la regalía y cobrar un impuesto de acuerdo a rentabilidad de “la explotación”. En realidad el propósito es el mismo. Lo importante es ajustar los mecanismos de participación fiscal a las circunstancias y objetivos actuales.

Es oportuno terminar esta presentación con las mismas palabras que empleamos en una conferencia a comienzos de este año:

“Los desafíos para el futuro son difíciles, pero altamente promisorios. Venezuela comienza el nuevo siglo en medio de un entorno nacional e internacional de grandes cambios. El petróleo seguirá teniendo un papel preponderante. Sin embargo, es necesario que sus beneficios sirvan para impulsar cada vez mas a las actividades de otros sectores y para mejorar la distribución del ingreso y la calidad de vida de todos los venezolanos.”

LA UNIVERSIDAD DE NEWMAN

Gonzalo Rodríguez Matos

El que ha estado de una manera u otra vinculado al quehacer universitario, es muy probable que en algún momento haya tenido la inquietud de reflexionar sobre el sentido de lo que está haciendo y sobre la función que cumple la institución en la cual estudia, labora o dirige. En cierta forma, esa reflexión la hacemos constantemente sin darnos cuenta, el profesor, al preparar e impartir la lección, al aconsejar a un estudiante, al dirigir un trabajo, o al redactar la preguntas de un examen está poniendo en práctica su concepción sobre lo que debe ser una universidad; el alumno, al asistir al aula, al relacionarse con sus compañeros, al estudiar y presentar un examen, lo hace según sea su concepción de la universidad. Por supuesto, los directivos de la universidad, al tomar decisiones sobre la marcha diaria de la misma, al dictar las políticas y sus reglamentos, al diseñar programas de estudio, están reflexionando y poniendo en práctica su concepción sobre lo que debe ser una universidad.

Son innumerables los intelectuales que a lo largo de la historia han reflexionado sobre el sentido y misión de la universidad; desde Andrés Bello, Ortega y Gasset, Jaspers, Hutchins, Bloom, hasta Mayz Vallenilla y Caldera en nuestro país, han dejado obras dedicadas a la universidad y su misión. Pero entre ellas, la noción de la universidad de John Henry Newman¹ - el Cardenal Newman - es señera. En su dilatada obra dedicó muchas páginas al tema de la enseñanza y la vida universita-

¹ John Henry Newman (1801-1890), fue un influyente teólogo británico. Inicialmente fue ministro anglicano, tuvo una destacada actuación en la Universidad de Oxford. Fue uno de los líderes del llamado Movimiento de Oxford en la iglesia anglicana, un movimiento reformista que daba importancia a los elementos católicos en la tradición anglicana. Este movimiento buscaba una reforma de esta iglesia, posición que le trajo problemas con los altos rangos de la iglesia anglicana por considerarlo muy cercano al catolicismo. Esto lo fue acercando a la iglesia Católica, convirtiéndose a esta última en 1845. Fue a Roma para ser ordenado sacerdote, fundó el Oratorio de Birmingham en 1848. No dejó de tener problemas en su nueva fe, pues era visto por algunos como muy liberal. Desde 1851 por siete años fue el rector de la primera universidad católica de Irlanda, un proyecto que las circunstancias reinantes hicieron fracasar, pero de allí dejó Newman *La Idea de la Universidad*. En 1864 publica otra gran obra *Apología pro vita sua*, que fue una defensa de sus posiciones religiosas, la cual tuvo gran acogida, incluso fuera de la Iglesia Católica. En 1879 fue nombrado cardenal por el Papa León XIII. Murió en Birmingham en 1890 en el Oratorio que fundó. (Tomado de *Encyclopaedia Britannica*, versión en Internet, www.britannica.com).

Para mayor abundamiento sobre la vida y obras de Newman recomendamos ampliamente la amena lectura del capítulo "*John Henry Newman y el intellectus fidei*" de la obra *Luces y Sombras. En la Crisis de la Modernidad y la Posmodernidad* de José Rodríguez Iturbe, Caracas, 1999, la cual recoge las conferencias dictadas por su autor en un seminario para profesores dictado en la Universidad Monteávila en el cuarto trimestre de 1999.

ria, pero sobre todas destaca *La Idea de la Universidad*², que recoge diez discursos que fueron pronunciados en 1852 con ocasión de la creación de la primera universidad católica en Irlanda. *La Idea de la Universidad* es una obra inspiradora y esperanzadora para quienes se sienten cerca de la universidad, es raro no encontrar una cita de Newman en quien hoy en día escriba sobre la misión de la universidad.

Para la Universidad Monteávila es especialmente relevante, pues basta dar una ojeada al Ideario de la Universidad para darse cuenta que la inspiración de Newman estuvo muy presente en los creadores de esta universidad; me atrevería a decir que en sus pasillos se respira algo de Newman. Pienso que su lectura es obligada para quien quiera emprender en serio la vida universitaria.

El presente trabajo presenta al lector una apretada síntesis de las principales ideas sugeridas por Newman en *La Idea de la Universidad*; a quien desee ahondar en ellas, lo remito a la fuente original, pues su lectura es amena y de mucho provecho. En una primera parte del artículo se esbozará la concepción de la misión de la universidad que desarrolla Newman en su obra, para continuar, en una segunda parte, con el estudio del medio que debe utilizar la universidad para lograr su fin; ese medio no es otro que la educación liberal.

I. La Misión de la Universidad.

Newman sostiene que la universidad es el lugar donde se enseña el saber universal; ella es un sitio de enseñanza, cuyo objetivo es la difusión y extensión del saber. Así, su objeto es intelectual y no moral.

Aunque nos parezca curioso hoy en día, Newman no concebía a la universidad como un lugar donde se investiga, en donde se logra el progreso y avance de la ciencia; señalaba, por el contrario, que el descubrimiento científico no es parte del objetivo de la universidad, recalca que su labor es la enseñanza de las ciencias a los estudiantes.

² Newman, John Henry: *The idea of a University*. Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1986. Existe traducción al castellano de José Morales: *Discursos sobre el fin y la naturaleza de la educación universitaria*. Pamplona, EUNSA, 1996. Las citas textuales las hacemos tomadas de la traducción.

El avance y progreso de la ciencia se buscan en otro tipo de instituciones que tienen como objetivo primario la investigación, como son las academias o institutos científicos; pues si la universidad se dedicara a investigar, entonces, indica con mucha ironía, no habría necesidad de estudiantes, pues la investigación se hace sin ellos. Newman explica que investigar, descubrir y enseñar son asuntos diferentes, son dones que se dan difícilmente reunidos en una misma persona: investigar es una labor solitaria, realizada en silencio, que requiere suma concentración y perseverancia; mientras que enseñar es algo externo, sociable, donde lo primordial es la comunicación. ¿Cuántas veces no hemos conocido a grandes intelectuales o investigadores, que son pésimos educadores, pues no logran cautivar a sus alumnos, ya que carecen del don que le permite a algunos, a los verdaderos educadores, poder comunicar con pasión la ciencia que enseñan a sus estudiantes?.

En la actualidad, no concebimos a la universidad de una manera tan restringida, pues la investigación forma parte importante de su quehacer. No obstante, la indicación de Newman no pierde vigencia, pues la misión fundamental de la universidad debe ser la enseñanza, la difusión y transmisión del saber a los estudiantes.

Pero, ¿qué es lo que se enseña en la universidad? Aclara Newman que lo que se enseña es la educación del intelecto, la educación de la mente, lo cual se logra a través de la educación liberal. Este es el único tipo de educación que pone la mente en forma. Por lo tanto, la universidad no busca una formación práctica o profesional en primera instancia, sino una educación intelectual, en el sentido que su propósito es el desarrollo de las potencialidades intelectuales del ser humano. Pues sólo cuando el intelecto ha sido debidamente entrenado y formado para lograr una visión coherente de las cosas, es que puede desplegar todos sus poderes para conocer la realidad, sólo así podrá alcanzar la verdad.

El auténtico cultivo del intelecto es el que nos da fuerza, solidez, amplitud y versatilidad, nos da dominio sobre nuestras potencias anímicas y nos brinda la justa estimación instintiva de las cosas que pasan ante nosotros. Esto a veces es un don natural, pero la mayoría de las veces sólo se logra con mucho esfuerzo y perseverancia de muchos años³. Por

³ Newman, John Henry: *The idea of a University*. Prefacio p. XLII.

ello, “cuando el intelecto ha sido debidamente entrenado y formado para lograr una visión coherente de las cosas, desplegará sus energías con mayor o menor eficacia, según su capacidad en el individuo. En el caso de la mayoría de los hombres se suele manifestar en el buen sentido, la sobriedad de pensamiento, el tono razonable, la sencillez, el autodomínio y la firmeza de concepciones que lo caracterizan. En otros habrá desarrollado hábitos de diligencia, capacidad de influir y sagacidad. En otros producirá un talento para la especulación filosófica, y llevará la mente a sobresalir en un determinado terreno intelectual. En todos, será un don para entrar con relativa facilidad en cualquier tema de pensamiento, y abordar con éxito cualquier ciencia o profesión”⁴.

En pro de la necesidad de contar con una sólida formación intelectual, afirma –sorprendentemente– que incluso una formación intelectual errada es mejor que ninguna, porque es mejor tener una falsa visión de algo, que ninguna visión en absoluto; así, “los hombres que creen ver lo que no existe, son más activos y se hacen un camino mejor que quienes no ven nada, y de ese modo el incrédulo, el fanático, el heresiarca llegan a realizar muchas cosas, mientras que el simple cristiano por herencia, que nunca ha llegado a percibir realmente las verdades que cree, es incapaz de hacer nada.” Así nos exhorta al cultivo del intelecto expresando que “¡ [...] si la coherencia de una visión determinada de las cosas puede conferir tanta fuerza incluso al error, qué no podrá proporcionar a la dignidad, la energía y el influjo de la Verdad!”⁵.

De lo anterior queda claro que el fin de la educación del intelecto, y por lo tanto de la educación universitaria, es prepararnos para poder alcanzar la verdad. Newman explica que la verdad es el objeto propio del conocimiento y señala que “la Verdad se refiere a hechos y a sus relaciones, que se comportan unos hacia otros como los sujetos y los predicados en la lógica. Todo lo que existe tal como es contemplado por la mente humana compone un amplio sistema o una compleja totalidad, que se resuelve en un número indefinido de hechos particulares, que, por ser partes de un todo, mantienen innumerables relaciones recíprocas de todo género”⁶.

⁴ *Ibid.*, traducción al castellano: *Discursos sobre el fin y la naturaleza de la educación universitaria*. pp 34-35.

⁵ *Ibid.* p. 35.

⁶ *Ibid.* p. 76

En otras palabras, si bien la realidad es un conjunto total ordenado según un plan divino, ésta se presenta ante el ser humano como cosas y fenómenos aislados e inconexos, en cierto desorden; cuyas relaciones y estructura total no nos son evidentes sino a través del ejercicio de nuestra razón. Así, si la razón no está debidamente entrenada y formada, difícilmente podremos comprender la realidad.

El conocimiento es la aprehensión de esos hechos, ya sean en sí mismos o en sus mutuas relaciones o influjos. De manera que es el conocimiento el que nos va a permitir asir y captar la totalidad de la realidad, que se nos presenta muchas veces en hechos aislados y sin relación aparente. Es así como el conocimiento nos abre las puertas a la verdad.

Es importante destacar que la adquisición del conocimiento no es una simple recepción pasiva de ideas, sino que implica una acción eficaz de la mente sobre las nuevas ideas recibidas. “Se trata de la acción de un poder formativo que produce orden y da sentido a la materia de nuestras adquisiciones intelectuales. Es hacer subjetivamente nuestros los objetos de nuestro conocimiento [...]”⁷. Llegar al conocimiento implica una intensa y compleja actividad por parte del que aprende, pues “[n]o hay expansión de la mente, a menos que se comparen unas ideas con otras a medida que llegan, y se las orden en un sistema. Sentimos que nuestras mentes crecen y se expanden no sólo cuando aprendemos sino cuando referimos lo aprendido a lo que ya sabíamos. La iluminación o ilustración de la mente no estriba en simples adiciones a nuestros conocimientos, sino en el movimiento e impulso hacia delante, a partir de ese centro mental en torno al que gravita lo que aprendemos y vamos aprendiendo. Y por tanto, un gran intelecto, reconocido por la opinión común de la gente, como el de Aristóteles, de Santo Tomás, de Newton, o de Goethe [...] es una mente que adopta una visión conexas y armónica de lo viejo y lo nuevo, lo pasado y lo presente, lo lejano y lo próximo, y que percibe la influencia de todas estas realidades unas sobre otras, sin lo cual no habría ni un todo ni un centro. Este intelecto posee un conocimiento no sólo de cosas, sino de sus mutuas y verdaderas relaciones. Es un saber, no sólo considerado como una adquisición cuantitativa, sino como filosofía [...] Consecuentemente, cuando este proceso analítico, distributivo y armonizador está ausente, la mente no experimenta expansión alguna, y

⁷ *Ibid.* p. 151

no es tenida por ilustrada o comprensiva, sean cuales fueren las adiciones logradas a sus conocimientos⁸”.

Pero, señala Newman, la mente humana no puede captar toda esta complejidad de hechos y relaciones de una sola vez. No es un proceso intuitivo. Como un miope, para poder ver claramente, la mente humana debe ver de cerca, viajar despacio en el vasto libro de la realidad que se le abre para su inspección. Así, la mente humana ve la realidad, esos hechos aislados y en sus relaciones, por parcelas; primero desde un aspecto, luego de otro, y así poco a poco avanza hacia la aprehensión del todo. De esta forma “por grados y por aproximaciones circulares, se eleva la mente para hacerse con un cierto conocimiento de ese universo en el que ha nacido”⁹.

Esas parcelas no son otra cosa que las ciencias particulares que abarcan, con mayor o menor amplitud, distintos aspectos del saber. Entonces, como estas ciencias se presentan separadas y muchas veces inconexas, se necesita de la razón humana para que con el conjunto de ellas y la comprensión de sus relaciones se aproxime a una representación de la verdad lo más humanamente posible. Esa comprensión de la totalidad y de cada una de sus partes integrantes es lo que Newman llama saber filosófico o saber universal.

II. La educación liberal.

Como todas las ramas del saber están conectadas entre sí, de esta misma manera el objeto del conocimiento forma una íntima unidad, ya que todo es la acción y obra del Creador. Por eso, las ciencias que conforman el conocimiento humano tienen entre sí múltiples relaciones unas con otras; ellas se completan, corrigen y balancean unas a otras.

Si bien esto debe tenerse en cuenta a la hora de la consideración de la verdad, señala Newman que es muy importante no olvidarlo a la hora de considerar la influencia que las ciencias particulares ejercen sobre aquellos cuya educación consiste en estudiarlas. De tal manera que la universidad debe tratar de enseñar a los estudiantes todas las ramas del saber, no privilegiar unas descuidando otras. Tampoco debe excluir ningun-

⁸ *Idem.*

⁹ *Ibid.* p. 77.

na de las ciencias particulares. Debe poner a la disposición de los estudiantes todas las ciencias que conforman el saber, la universidad les facilita el poder beneficiarse de ver y aprehender la totalidad del círculo del saber. En otras palabras, debe proporcionar a los estudiantes los medios para alcanzar la verdad.

En consecuencia, en la exposición que hace sobre la necesidad de la educación católica universitaria frente al secularismo reinante en la época, defiende la enseñanza de la teología en la universidad. Afirma que no es posible abarcar todas las ramas del saber y pretender ser una universidad, si se excluye de las materias enseñadas, una que es al menos tan extensa e importante como las demás; la teología tiene tanto derecho a ser enseñada como la astronomía. Si se omite la teología significa una de dos, o que la religión no tiene saber alguno y por lo tanto no merece un puesto en la universidad; o que esa universidad en donde se excluye la teología no enseña un saber universal. Además, su ausencia impedirá obtener la visión completa de la realidad, no se podrá alcanzar la verdad, pues al faltar una parcela del conocimiento, se corren dos riesgos graves: en primer lugar esa ausencia normalmente va a ser llenada por otras ciencias particulares que usurparán el lugar de la teología y pretenderán así explicar temas propios de la teología con argumentos psicológicos o astronómicos, por ejemplo. En segundo lugar, peor aún, se pierde la guía que ofrece la teología para la comprensión de muchas de las otras ciencias particulares, pues la teología las completa y corrige sus errores¹⁰.

Reconoce Newman que no es factible enseñar a un estudiante en particular todos los saberes que la universidad ofrece, pero indica que la mera convivencia en un espacio en donde hay profesores y estudiosos que representan todas las ramas del saber, ya es una gran ventaja; así el estudiante podrá aprender a apreciar y consultar a cada una de esas ramas.

Como cometido esencial, entonces, la educación universitaria debe favorecer el aprendizaje y entendimiento de las grandes líneas del saber, de los principios en los que descansa, de las proporciones de sus diversas partes, de sus luces, de sus sombras, y de sus grandes y pequeñas partes, todo ello para lograr un intelecto cultivado que permita contemplar la verdad.

¹⁰ *The idea ...* p. 74.

Cultivar el intelecto, como vimos, es un proceso complejo e intenso, que requiere entrenamiento. “Este entrenamiento es a su vez una cuestión de reglas. No es la simple aplicación, por ejemplar que sea, lo que conduce la mente a la verdad, ni la lectura de muchos libros, ni la ocupación en muchas disciplinas, ni el presenciar muchos experimentos o asistir a muchas conferencias. Todas estas actividades no llegan a ser suficientes”¹¹. Puede que una persona haga todo esto, pero si no realiza un proceso mental de comparación, de relación de unas ideas con otras, de ordenación, y creación de nuevas ideas, estará todavía en el umbral del saber, no podrá captar las cosas en su verdadera realidad, no podrá distinguir la verdad del error. Obtener, “[s]emejante capacidad es el resultado de la formación científica y rigurosa de la mente, es una facultad adquirida de juicio, lucidez, sagacidad, sabiduría, alcance filosófico de la mente, autoposesión intelectual y reposo, cualidades todas ellas que no derivan de la simple adquisición de conocimientos. El ojo corporal, que es el órgano para ver los objetos materiales, se nos da por naturaleza. El ojo de la mente, cuyo objeto es la verdad, es obra de la disciplina y el hábito”¹².

“Este proceso de entrenamiento, por el que el intelecto en vez de ser asimilado o sacrificado a un determinado fin particular o accidental, a un oficio, estudio o ciencia concretos, es por el contrario cultivado en aras de sí mismo, para la percepción de su objeto propio -[la verdad]- y su más alto cultivo, se llama educación liberal.”¹³

¿Qué se logra con la educación liberal? “Se forma con ella un hábito de la mente que dura toda la vida, y cuyas características son libertad, sentido de la justicia, serenidad, moderación y sabiduría. Es en suma lo que en un discurso anterior me he atrevido a denominar hábito filosófico. Esto es lo que considero el fruto singular de la educación suministrada en una Universidad, en contraste con otros lugares o modos de enseñanza. Éste es el fin principal de una Universidad en el trato con sus estudiantes”¹⁴.

¹¹ *Discursos*, pp. 165-166.

¹² *Ibid.* p. 166.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Discursos...* p. 125.

De esta manera, es evidente que para Newman no es primordial que la universidad habilite a los estudiantes para ejercer profesiones una vez salgan graduados, sino que principalmente debe brindarles la educación liberal, que los preparará a ser mejores personas, a tener mejor juicio, sentido común y hábitos intelectuales que los aprestarán para enfrentar con éxito los retos que les presente su vida de adultos. Así, la misión de la universidad consistirá en darle a los estudiantes el entrenamiento y guía para lograr la captación de la verdad por medio de una adecuada educación liberal.

Así, indica Newman que gramaticalmente educación liberal es aquella que se opone a servil, y por trabajo servil se entiende aquel que es meramente manual, mecánico, en el que la mente tiene poco o ningún rol. La educación liberal, en cambio, es la que forma ciudadanos libres y conscientes. Es la educación que se relaciona con actividades liberales, que son los ejercicios de la mente, de la razón y de la reflexión¹⁵. Es la educación que entrena a los estudiantes para el libre uso de la razón y el juicio, la cual consiste primordialmente en el cultivo del intelecto, su objeto es la excelencia intelectual.¹⁶

Enseña Newman que la educación liberal abre la mente, la corrige, la refina y le da el poder y señorío sobre el saber, porque al saber se le llama ciencia o filosofía únicamente cuando ha sido actuado, informado o impregnado con la razón, pues la razón le da fecundidad al saber. Ese hábito de la razón, que le permite impregnar sentido al saber, sólo se adquiere con la educación liberal.

La finalidad de la educación liberal es entonces el saber en sí mismo. El saber es un fin en sí mismo, no es un fin para otra cosa, se busca el saber por el saber mismo, no para alcanzar algo distinto. El saber es bueno por su propia naturaleza; alcanzarlo es la compensación que retribuye el gran esfuerzo que exige analizarlo y el gran trabajo requerido para conseguirlo.

Sus críticos le preguntarían ¿para qué sirve esa educación del intelecto? Pues no se les está entrenando a los estudiantes para ejercer

¹⁵ *The Idea...*p. 80

¹⁶ *Ibid.* p. 92.

ninguna profesión u oficio, no van a ser útiles en la vida. Newman les responde que la educación liberal es sumamente útil, con ella se entrena al intelecto para captar la verdad. Y ¿para qué sirve captar la verdad?

Newman responde que el saber es la condición indispensable para lograr la expansión de la mente, y la educación liberal es el medio idóneo para alcanzar esa expansión. Señala que sólo una mente educada es la que tiene la capacidad para conectar las distintas parcelas del saber (las ciencias particulares), sus relaciones, su dependencia y su totalidad. Ese particular entrenamiento de la mente sólo se alcanza con la educación liberal. Newman enfatiza que eso no se logra con la instrucción exclusiva en una ciencia o profesión particular.

Sus críticos aún insistirán en señalar que esa educación del intelecto, no sirve para ganarse el pan, no sirve para tener éxito. Newman responde que claro que sí sirve, pues una mente cultivada es la mejor ayuda para emprender el estudio científico y profesional. Insiste que “[I]a persona que ha aprendido a pensar y razonar, a comparar, distinguir y analizar, que ha refinado su gusto, formado su juicio y enriquecido su visión mental no se convertirá inmediatamente en un abogado, o un orador, o un estadista, un médico, un buen terrateniente, un hombre de negocios, un soldado, un ingeniero, un químico, un geólogo, un historiador, pero alcanzará una situación intelectual que le permita desempeñar alguna de estas ciencias o profesiones, o cualquier otra para la que posea inclinación o especial talento, con una facilidad, gracia, versatilidad y éxito para los que otro será un extraño. En este sentido, la cultura intelectual es enfáticamente útil”¹⁷.

Sostiene que “[...] un intelecto cultivado, por ser un bien en sí mismo, lleva consigo un poder y unos recursos aplicables a cualquier trabajo u ocupación que acometa, y nos capacita para ser más útiles a un mayor número de personas. Hay una obligación que debemos a toda la sociedad, al estado al que pertenecemos, a la esfera en la que vivimos, a los individuos con quienes nos relacionamos en la vida diaria, y esa educación liberal, si niega el lugar principal a los intereses profesionales, lo hace sólo para proponerlos o subordinarlos a la formación del ciudadano, y servir los grandes intereses de todos, prepara también el feliz logro de

¹⁷ *Discursos...*, p. 177

esos objetivos meramente personales, que a primera vista parece despreciar”¹⁸.

Newman aclara que al afirmar que la educación profesional no es el objetivo suficiente de la educación universitaria, no lo hace por irrespeto a esos estudios y las personas que ejercen esas profesiones, sino que “[a] decir que el derecho o la medicina no son el objetivo de un curso universitario, no afirmo que la universidad no deba enseñar derecho o medicina ¿Qué enseñaría si no enseñara cosas particulares? Enseña todo saber enseñando todas la ramas del saber, y sólo así.” Continúa indicando que existe una diferencia entre el profesor de derecho o medicina o de cualquier otra carrera profesional que enseña en una universidad y el que enseña fuera de ella; pues el que está fuera puede verse empequeñecido y absorbido por su específico campo de acción profesional e impartirá lecciones sólo en su reducido campo profesional. “[...] mientras que en una universidad sabrá donde están situados tanto él como su ciencia, a la que habrá llegado desde arriba, por así decirlo. Tendrá consiguientemente una visión panorámica de todo el saber, se verá protegido de cometer extravagancias por la misma rivalidad de otros estudios, de los que habrá obtenido luces especiales, amplitud de mente, libertad y auto posesión, y tratará por tanto su campo con una filosofía y unos recursos que no pertenecen al propio estudio, sino a su formación liberal”¹⁹.

Finaliza Newman aseverando que si debe asegurarse un fin práctico a la educación universitaria, este no es otro que la formación de buenos miembros de la sociedad. “Su arte es el arte de la vida social, y su objetivo es la preparación para el mundo”²⁰.

Para terminar no puedo sino dejar que sea el propio Newman quien concluya sobre cuál debe ser la misión de la universidad: “La enseñanza universitaria es el gran medio ordinario para un gran fin ordinario. Apunta a elevar el tono intelectual de la sociedad, cultivar la mente pública, purificar el gusto nacional, facilitar principios verdaderos al entusiasmo popular y metas nobles a las aspiraciones ciudadanas, proporcionar am-

¹⁸ *Ibid.* p. 178

¹⁹ *Ibid.* p. 177.

²⁰ *Ibid.* p. 185

plitud y sobriedad a las ideas del momento, hacer más suave el ejercicio del poder, y refinar el trato en la vida privada”²¹ ²².

La educación universitaria es la “[...] que confiere al hombre una visión consciente de sus propios juicios y opiniones, así como la verdad para desarrollarlos, la elocuencia para expresarlos, y la energía para proponerlos. Le enseña a ver estas cosas tal como son, a ir derecho al núcleo, a enderezar un nudo de pensamiento, a detectar los sofismas, y a eliminar lo irrelevante. Le prepara para desempeñar cualquier trabajo con altura, y dominar cualquier tema con facilidad. Le muestra cómo acomodarse a los demás, cómo situarse en su estado de ánimo, y cómo comportarse con ellos. Se encuentra bien en cualquier tipo de sociedad, posee algo de común con cualquier clase de hombres, sabe cuándo hablar y cuándo callar, es capaz de conversar y de escuchar, puede hacer una pregunta pertinente, y aprender una lección oportuna cuando él no tiene nada que impartir. Se halla siempre dispuesto, pero nunca estorba. Es un compañero agradable, y un colega de fiar. Sabe cuándo estar serio y cuándo bromear, y posee un tacto que le permite bromear con gracia, y estar serio con eficacia.

Tiene la serenidad de una mente que vive en sí misma, a la vez que vive en el mundo, y que posee recursos suficientes para tener la felicidad en casa, cuando no se puede salir de ella. Dispone de un don que le ayuda en público y le apoya en su retiro, sin que la fortuna sería vulgar, y con el que el fracaso y el infortunio adquieren encanto. El arte que tiende a hacer así a un hombre, es en el objetivo que persigue tan útil como el arte de la riqueza o el de la salud, aunque sea menos susceptible de método, y menos tangible, cierto y completo en sus resultados”²³.

²¹ *Ibid.* p. 186.

²² ¡Cuánta falta hace en nuestra patria en este momento una verdadera enseñanza universitaria!

²³ *Ibid.* p. 186.

LA UNIVERSIDAD EN PELIGRO

(Fundamentos históricos y filosóficos de la autonomía universitaria)*

Carlos A. Casanova

En la platónica *Apología de Sócrates* puede verse al maestro defender su vida del embate de la masa seducida por los demagogos. La voz serena del acusado llama a obrar según la virtud propia de cada uno —la sinceridad en el caso de los oradores, la justicia en el de los jueces—, y no conforme a los movimientos caprichosos que en el interior de cada uno susciten la adulación, la antipatía o el miedo. El discurso no se pronunció en vano, a pesar de que el reo resultó condenado a muerte. Quedó sembrada en Atenas una semilla de la que nacieron robustos árboles en todo el mundo que heredó la vida académica de los griegos.

En esta misma fuente puede verse en qué consiste dicha vida. Sócrates casi nunca se mezcló en la política, salvo arrastrado por la necesidad, porque sabía que, de otra manera, muy pronto habría abandonado este mundo. Era demasiado bueno para adaptarse a la ciudad corrompida que resultó de las reformas de Pericles y Efilates y de la Guerra del Peloponeso. Sólo en dos ocasiones se vio inmiscuido en asuntos públicos. Cuando el populacho se deshizo de los generales victoriosos de la batalla de las Arginusas, él fue el único que se opuso a tamaña injusticia e hizo un llamado a respetar la ley, cosa que casi le cuesta la vida. Y cuando los treinta tiranos que presidían el régimen oligárquico que impuso Esparta a Atenas querían hacer cómplices de sus fechorías a todos los ciudadanos respetados, quisieron que Sócrates y otros cuatro les llevaran desde Salamina a León, para ejecutarlo luego sin juicio, pero el filósofo se negó en redondo y se marchó a su casa. Entre tanto, los otros cuatro cumplieron la orden. Esta desobediencia le hubiera costado la vida, de no haber caído el régimen al poco tiempo.

Tampoco se dedicó Sócrates a cuidar sus propios asuntos. Vivió y murió pobre, para la cólera de Jantipa, su mujer. No fue su vida la de los artesanos o comerciantes, que se dedican a cuidar sus intereses privados, aunque indirectamente contribuyan también al interés común. Más bien, se consagró a la obediencia del dios de la sabiduría, Apolo, a buscar la verdad; y, como un tábano que agujoneaba al buen caballo, aunque

* Este estudio fue publicado en DIKAIOSYNES, 5, ULA, Mérida, 2001

perezoso, que era la ciudad de Atenas, se dedicó también a recordar que nada era más importante que el saber y la virtud. A desenmascarar a los que se tenían a sí mismos por sabios, sin serlo; y a suscitar un amor más fuerte por la bondad de los caracteres que por la riqueza o la fama. Y con esto prestó un gran servicio a la polis, y a todo el mundo helénico. Pudo conservar la vida más tiempo que si se hubiera mezclado en política, y pudo, de ese modo, corregir las costumbres de muchos jóvenes, dejar sembrada una semilla para el bien de los hombres.

La vida del filósofo no fue, por tanto, vida política. Menos aún, vida privada. Con él apareció una nueva dimensión pública, distinta del poder, y superior. En ella se encuentra la vida académica, que debe gozar de la libertad de espíritu de que gozó Sócrates y cuya relevancia fue comprendida luego por todos los gobiernos dignos de este nombre.

Platón fue el primer gran continuador del maestro, aunque no el único. Su vida y sus escritos pueden servirnos para arrojar una nueva luz sobre este punto. En su famosa obra, *República*, la prudencia y la sabiduría están fundidas y contrapuestas a la *dóxa* de la multitud. Por ello, el gobierno mejor es el de los pocos que pueden llegar a ser sabios-prudentes, el gobierno de los reyes-filósofos. La experiencia de Siracusa, donde intentó educar al tirano Dionisio, sin ningún éxito y con gran peligro para su vida y su libertad, lo lleva a percatarse de que hay un espacio entre la acción política y el contemplar la verdad. El fruto de ese percatarse fue que se retirara al trabajo de la Academia, de la escuela que había fundado. Aunque ésta, en vida de Platón, no perdió la esperanza de influir benéficamente en el curso de la política helénica, pero sin fundir la contemplación (el Espíritu) y la acción (el Poder)¹.

Años más tarde, Corisco y Erasto acabaron el ciclo de estudios en la Academia y volvieron a su pequeña ciudad en el Asia Menor, Escepsis, admirados por todos sus compatriotas. Su fama llegó a Atarneo, una ciudad vecina. Reinaba allí Hermias. Este astuto tirano que contaba con el apoyo del Sátrapa persa quiso conocer a los distinguidos jóvenes, y se interesó por la sabiduría. Se estableció así una comunidad de académicos en cuyo seno se encontraba el hábil político. Platón, al enterarse,

¹ Cfr. VOEGELIN, Eric. *Order and History*. Louisiana State University Press, Baton Rouge y Londres, 1983. Volumen III, pp. 225-226. Según este autor, aunque Platón alcanzó la diferenciación entre Espíritu y Poder, quiso siempre mantener una vinculación muy estrecha entre ambos.

quiso darles algunos consejos, recogidos en la *Carta VI*. En lo tocante al saber, Hermias debía sujetarse a la instrucción de Corisco y Erasto, pero en lo tocante a la acción él debía llevar la batuta. El gobierno se dulcificó y se hizo más sabio, hasta el punto de que muchas ciudades se sometieron voluntariamente a Hermias. Su poder creció y el Sátrapa quiso ponerle freno. Comenzadas las hostilidades por los persas, no pudieron derrotar a los griegos del Asia en el campo de batalla. Pero por medio de engaño y traición lograron los bárbaros apoderarse de Hermias y crucificarlo². Lo que importa ahora de este episodio es notar que Platón había ido ya distinguiendo el saber contemplativo del saber propio de la acción política.

Pero es Aristóteles quien más claramente alcanza la distinción técnica en el libro VI de la *Ética a Nicómaco* (capítulo 7): la *sofia* (o sabiduría) no es *frónesis* (o prudencia) ni conocimiento político, porque la primera versa sobre los seres más altos o dignos y los segundos sobre el bien del hombre, y el hombre no es el ser más digno (sobre él se encuentran los dioses). Tampoco la ciencia es *frónesis*. Como se dice en el libro I de la misma obra (capítulos 5 y 13), la vida contemplativa en general es distinta de la vida práctica o las virtudes dianoéticas de las éticas.

Todas estas distinciones antropológicas son las que nos permiten comprender cuál es el lugar de la universidad en la vida social y la razón última de la autonomía universitaria. La Academia es la encarnación en instituciones de la vida contemplativa racional (no tanto la mística³), de la sabiduría y de las ciencias. Por ello es un error pretender que la Universidad pase a la acción directa. Sería desvirtuarla y, a la larga, destruirla. No tiene sentido que sea un partido político ni un grupo guerrillero, ni siquiera que sustituya a las escuelas primarias o secundarias. Tampoco tiene sentido que se someta a un partido o a un grupo gobernante. En su seno debe poder buscarse la verdad sin sujeciones a intereses de grupos particulares comprometidos en la praxis.

Venezuela pertenece a la tradición occidental y se ha beneficiado del bien de la Academia libre desde que se estructuró suficientemente, en

² JAEGER, Werner. *Aristóteles*. Fondo de Cultura Económica. México, 1984, pp. 132-143.

³ En Occidente hay otra corriente de influencias. El pueblo hebreo contuvo dentro de sí, en los tiempos del Antiguo Testamento, la figura de los profetas. Ellos, con independencia de los reyes y del poder político, señalaban cuál era la voluntad de Dios. Heredera de esta tradición es la Iglesia que, sin embargo, en varias épocas ha tenido que asumir la educación, también racional, de diversas sociedades.

LA UNIVERSIDAD EN PELIGRO
(FUNDAMENTOS HISTÓRICOS Y FILOSÓFICOS DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA)

el siglo XVIII. Nuestra universidad colonial era independiente del poder político. Y en ella había mucha más libertad de cátedra de la que se le suele atribuir, como dejó fuera de toda duda el estudio de Caracciolo Parra León, en su obra *Filosofía universitaria venezolana: 1788-1821*. Sin embargo, la Guerra de Independencia y la imitación del modelo napoleónico puso en peligro la autonomía universitaria. Guzmán Blanco despojó a las universidades de sus bienes rentales y las sujetó al presupuesto. Por este medio quiso domesticar a la Universidad entonces más conservadora, la de Los Andes. Y lo siguió en su empeño Joaquín Crespo. Tropezaron, sin embargo, con una resistencia tenaz, en particular del Rector Heroico, Caracciolo Parra Olmedo, quien, con la colaboración de un abnegado cuerpo de profesores, logró no sólo que la Universidad siguiera funcionando a pesar de la hostilidad del gobierno, sino que creciera en recursos técnicos (muy especialmente de la biblioteca y del observatorio astronómico, fundado durante su gestión) y se consolidara⁴.

En el resto de Hispanoamérica se sintió también la influencia napoleónica. Las universidades estaban despojadas de su autonomía. En 1918, sin embargo, estalló en Córdoba (Argentina) la famosa revolución que la reconquistó para las universidades hispanoamericanas. Sus ecos alcanzaron a todo el continente. En Venezuela se dejó sentir sobre todo tras la caída de Gómez⁵.

Pero la búsqueda libre de la verdad parece a los bárbaros una pérdida de recursos y de tiempo. Era la objeción que hacía a Sócrates el

⁴ Cfr. CHALBAUD CARDONA, Eloi. *El Rector Heroico*. ULA. Publicaciones del Rectorado. Mérida, 1965. En particular, pp. 271-283.

⁵ Esta Reforma tuvo efectos muy beneficiosos también para la Universidad Simón Bolívar, como para toda la academia venezolana. Sus caracteres más relevantes fueron la insurgencia contra la dirección gubernamental o eclesiástica de las universidades; contra la estrechez de sus fines, que habían llegado a limitarse a la sola formación de profesionales; y contra una estructura demasiado jerarquizada. En este último punto, el balance de la Reforma es ambiguo. Sin duda, se produjo con frecuencia una excesiva democratización de las universidades, que puso en manos de estudiantes irresponsables la misma disciplina académica (Cfr., por ejemplo, *La reforma universitaria de Córdoba*, de Carlos Tünnermann Bernheim. FEDES. Colección Universidad y Post-Secundaria. Caracas, 1983, pp. 75 y ss.). Pero esto no quiere decir que, aun en este aspecto, fuera errado todo lo que anhelaron los estudiantes argentinos. Es cierto que las universidades son entes corporativos y en ellos debe tener un papel decisivo todo miembro académico. Deben ponerse, sin embargo, cortapisas que aseguren el predominio del saber (no de privilegios absurdos) dentro de la institución. No es igual un estudiante universitario del Medioevo, que era un clérigo y que iba a dedicar su vida a la institución, que un estudiante de una profesión en nuestro tiempo, que está de paso por la Universidad. Parece una solución más o menos acertada la de nuestra Ley de Universidades (artículo 30), que pondera en un 25% el peso de la votación estudiantil total, en el caso de las decisiones que son tomadas en Asamblea.

espantable sofista Calicles, según el *Gorgias* de Platón: está bien filosofar, dedicarse a la contemplación, en la niñez y la juventud, pero en la plena madurez de la edad no es más que un desperdicio. La historia misma responde de modo contundente a la objeción: los países en los que se respeta la búsqueda de la verdad están más sanamente estructurados que aquéllos en los que el activismo o la simple barbarie impide comprender la vida contemplativa. Pueden darse, sin embargo, dos respuestas de mayor calibre teórico. La primera, es la que apunta Aristóteles en el libro I de su *Ética a Nicómaco*: las cosas más nobles no pueden ordenarse a las más bajas y, por ello, son *inútiles*, porque son el fin al que se ordenan las otras. La segunda, que así como son necesarios los jueces para que resuelvan desinteresadamente las controversias que suscitan las transacciones, también son necesarios los académicos, hombres que, con independencia de los intereses particulares de grupos económicos o políticos, busquen caminos teóricos, prácticos y técnicos por los que discurra la vida social. Hay un par de obras en las que puede palparse vivamente esto. *El Regente Heredia* de Mario Briceño Iragorry, que narra la vida de un hombre justo y lúcido que vio, más allá de los odios de realistas y patriotas, lo que convenía a la América española, pero no fue oído porque la barbarie se apoderó de los espíritus hasta arrasarlo casi todo en Venezuela. Y las *Tres versiones rivales de la ética* de Alasdair MacIntyre.

Tocamos aquí un problema delicado. Cuando se estructura una sociedad, se establece un reparto de los bienes. Este reparto, como enseñaban los clásicos —Platón al inicio del libro IV de su *República*, con la alegoría de la estatua policromada; y Aristóteles en el libro V de la *Ética a Nicómaco*—, debe obedecer a una igualdad proporcional, si quiere ser justo o estar bien hecho y evitar los odios entre clases y las revoluciones. Pero en nuestro tiempo, y muy marcadamente en Venezuela, hay flujos de pensamiento y emoción —equivalentes a los partidos griegos antiguos, oligárquico y democrático— que niegan que exista dicha exigencia. Los liberales sostienen que es el *mercado* el que debe hacer el reparto, como si las decisiones humanas no tuvieran nada que ver en él o debieran ser excluidas (por un ejercicio ascético, curiosamente, de refrenamiento del gobierno). Según ellos, no hay justicia distributiva. Mientras los demagogos, pseudomarxistas⁶ o de otra índole, sostienen también (en su discurso, no en sus acciones, salvo en las dirigidas a despojar a otros)

⁶ El marxismo fue pensado para un contexto socio-político-económico distinto del nuestro.

que no hay justicia distributiva, que cualquier proporción es un invento ideológico, que debe haber una igualdad total o aritmética.

En tal desorientación doctrinaria, y en medio de un bullir de odios sociales, es difícil reconocer la medida conveniente. Es cierto que los académicos pueden lucir a un partido demagógico como unos privilegiados. Y como unos parásitos a un partido liberal. Lo primero porque se concentran en la Academia unos recursos intelectuales ingentes; y porque sus miembros viven de un sueldo que se paga a cambio de un trabajo puramente intelectual y que con frecuencia no está al servicio directo de un fin práctico. Lo segundo porque los liberales no pueden entender nada si no es bajo la forma de una mercancía en venta. Y como los verdaderos académicos saben que su trabajo nada tiene que ver con el comercio, chocan en sus enfoques o, al menos, en el contenido mismo de su actividad, con el modelo de vida de los liberales e, incluso, con sus intereses, en cuanto éstos se extienden a la manipulación ideológica, por ejemplo. Pero también es cierto que los académicos son indispensables, como se ha dicho, para la vida sana de un país; y que es de justicia atribuirles los bienes que requiere su trabajo (no sus caprichos). Entre dichos bienes están los recursos económicos necesarios, pero también la libertad frente a intereses particulares. Esta libertad, por cierto, incluye, como en todas las entidades asociativas o corporativas, la posibilidad de asociar como partícipes de la vida propia, a quienes estén capacitados para ella; en el caso de las universidades, asociar a los profesores y estudiantes a la vida y a la corporación académica, según criterios académicos y libres⁷.

Los abusos cometidos por los pseudoacadémicos, pero —sobre todo— la indefensión de los verdaderos académicos ante la fuerza de las pasiones desatadas y la desaparición de instancias imparciales de discusión racional, nos hace temer lo peor para la Academia en Venezuela. La masa popular está ya ganada por un discurso demagógico, aunque se noten ciertas resistencias débiles que dejan un resto de esperanza. En tal clima, los razonamientos sutiles de los universitarios verdaderos pueden ser arrasados, para desgracia de todos. Y nadie entiende la importancia

⁷ Por supuesto que esto no excluye el anhelo de la accesibilidad universal a la educación, que fue también una de las preocupaciones de Córdoba. No debe haber discriminaciones de raza ni de condición social o económica, ni de ningún tipo. Pero no es una discriminación el excluir a quienes, por la causa que sea, no tengan la preparación académica para enfrentar las exigencias de la universidad. Y la educación gratuita es uno de los mecanismos dirigidos a lograr la accesibilidad universal, pero no el único, ni indispensable.

de los bienes que están en juego. Pero si hubiera una reacción oligárquica, el futuro no sería mucho más prometedor. Tanto los ricos como los pobres están lanzados en un ambiente dogmático, en el sentido platónico: están sumidos en la *dóxa*, y no ven, en quien los contrarie, por más razón que pueda tener, sino un miembro del partido contrario. En dicho contexto, los académicos, que piensan con libertad, que no se someten a los intereses de ninguno de los dos partidos, están a merced de la fuerza.

Los peligros que se ciernen sobre la Universidad son, pues, los siguientes:

El más obvio de todos, ahora, es la sujeción al poder político. Para comprender su gravedad, es preciso hacer algunas consideraciones teóricas e históricas. Desde que en los mundos griego y hebreo surgieron las figuras del filósofo y el profeta, las comunidades que heredaron esa diferenciación del campo social en dos dimensiones, la política y la espiritual, ya no pueden vivir sanamente⁸ si un gobernante intenta encarnar la verdad que debe buscar o representar la Academia o el profeta. Menos si ese caudillo se considera un representante del pueblo. El pueblo no es la verdad. Pero el democratismo moderno ha hecho posible que se identifiquen voluntad general y verdad; y, también, que un caudillo pueda juzgarse la encarnación de la voluntad general y, en consecuencia, el contralor de la verdad⁹. Hoy en día, pues, y entre nosotros, puede surgir una tiranía totalitaria, que pretenda, entre otras cosas, controlar la Academia.

La historia reciente pone ante nuestros ojos las terribles consecuencias de estas tiranías. Hace poco, y ante acontecimientos insólitos ocurridos en la Universidad Simón Bolívar, que son sólo el prelude de lo

⁸ Como pudieron hacerlo, por ejemplo, las tribus caribes, donde la dimensión contemplativa no se había desgajado tan claramente de la política.

⁹ Esto no ocurre en una tribu: en ella el cosmos es tan obviamente un obstáculo para la voluntad del cacique que no hay peligro de totalitarismo. En realidad, el totalitarismo es un fenómeno reciente, del siglo XVIII. Nace con Helvecio y Bentham, según quienes, por una parte, el pueblo no tiene en su alma un órgano con el que alcanzar la verdad o el orden, pues según la antropología de ambos el hombre sólo puede buscar el bienestar, que consiste en la posesión de placeres físicos y la ausencia de dolores. Pero, por otra parte, el Analista es el Único que puede dictar el orden a ese material moralmente neutro que son los otros hombres. Cfr. VOEGELIN, Eric. *From Enlightenment to Revolution*. Duke University Press. Durham, Carolina del Norte, 1975, pp. 56-73. Nótese que Platón está muy lejos de estos filósofos ilustrados por dos razones: la primera, porque él piensa que todos los hombres tienen *noús*, un centro de orden en el alma que los hace susceptibles de la persuasión. La segunda, que la verdad reside en unas esencias eternas que el hombre, también el gobernante, debe contemplar y a las que debe sujetarse. Pero ahora no conviene extenderse más en este punto.

que puede venir, el profesor Salvatore Giardina nos decía: “Me viene a la memoria el discurso pronunciado por Karl Jaspers en la apertura de las conferencias de profesores en Heidelberg en 1946, «El espíritu viviente de la Universidad», publicado en la *Revista de Occidente* en 1953:

[...] La historia de nuestro espíritu se desenvuelve en este momento como un jinete sobre las aguas del lago Constanza. No parece notarse el peligro, y cuando se piensa en él se tiene que quedar aturdido. Pero lo que trae el futuro y de qué manera la Universidad ha de ocupar el lugar de la verdad en él, esto no puede preverlo ningún programa ni hacerlo ninguna organización. Probablemente este futuro del ser humano será decidido por lo que hoy hacen los individuos en la soledad y el silencio. Lo único que hoy vemos es que suben las aguas en las que todo puede quedar anegado. La catástrofe venía [antes del ascenso de los nazis al poder] de manera muy distinta de la que entonces fue predicha. En Alemania surgió un partido que la condujo a su presente anonadamiento, que sobrepuja a todos los anteriores. Una irrupción política, enérgicamente llevada y continuada por la embriaguez de la población arruinó la Universidad. En lugar de un cuerpo autónomo quedó una escuela, que había de obedecer a las órdenes de Berlín. Persistieron los puestos de Rector y Decano, pero estos cargos eran nombrados por los nacionalsocialistas. Destituciones, ascensos, cambios, produjeron un montón de ruinas, aparentemente ordenadas [...].

Pero no se piense que el peligro se da sólo en el nazismo. Existe en toda tiranía totalitaria. Veamos algunos rasgos de la soviética. En su seno, y sobre todo en la época de Stalin, pero no sólo en ella, la *intelligentsia* baja ocupó el espacio cultural de la élite, por la sencilla razón de que ésta no era controlable como aquélla:

A partir de 1928, el Comité Central dirige las actividades intelectuales y artísticas. [...] El escritor, el científico, el artista, que no comparte con entusiasmo la fe, si quiere sobrevivir, debe escribir *para su cajón*.

Eso vale para los científicos, los ingenieros y los técnicos, para los cuales se crea una institución *ad hoc*, la *sharashka*: una cárcel para esos *especialistas*, para que puedan servir al Estado con sus talentos. Es el *primer círculo*, descrito por Solzhenitsyn. Toda la ciencia cayó bajo el fuego de los nuevos inquisidores: “las ciencias filosóficas, naturales y

matemáticas tienen el mismo carácter político que las ciencias históricas”, declaró la revista *Marxismo y Ciencias Naturales* [...] Así se instaló la autocracia ideológica del *Vozhd* [de Stalin...].

La consecuencia de la revolución cultural fue la desaparición de la búsqueda de la verdad. Una afirmación se rechaza no en función de criterios científicos o filosóficos, sino porque contradice la doctrina oficial. [...] La historia del *lysenkismo* es ejemplar. En 1932, la conferencia de genética reunida en Leningrado ordenó “poner de acuerdo la genética y el materialismo dialéctico”. Se trataba, como dijo Lysenko (un joven científico sin talentos especiales, pero comunista), de repudiar a “los seudocientíficos burgueses adeptos de Weismann, Mendel y Morgan”. En efecto, “si no se admite la transmisibilidad de los rasgos adquiridos, la teoría materialista de la vida se vuelve impensable”. A la ciencia “clerical” occidental se opusieron los éxitos del botanista Michurin, creador de variedades botánicas insensibles al frío o a la sequía; pero nada garantizaba la constancia de las nuevas cualidades adquiridas. Lysenko, campeón del “diamat” (materialismo dialéctico), fue encargado de gobernar la genética rusa. En 1939 una nueva conferencia decidió sustituir la genética “burguesa reaccionaria” con una “ciencia auténticamente soviética”. En 1940, el gran científico Nicolai Vavilov, quien se atrevía a acusar a Lysenko de resucitar el oscurantismo medieval, fue arrestado y deportado. Todos los científicos fueron “liquidados” y los lysenkistas se apoderaron de la Academia, de los laboratorios, de las revistas¹⁰.

Podríamos extendernos más, viendo cómo fueron golpeadas otras áreas del saber o de la cultura. Pero para el propósito actual basta con lo dicho.

El otro peligro es más sutil, pero no menor. En Sócrates puede apreciarse que la vida académica no es política, pero tampoco es “privada”. Hoy en día, el mundo occidental corre el peligro de perder de vista cuán importante fue en Europa el movimiento histórico que llevó a los hombres a independizarse de poderes privados, de señores feudales. Cada vez más, crecen y crecen dichos poderes bajo nueva forma, y exentos de verdadero control, y ante ellos las instituciones políticas acaban siendo juguetes sometidos al *lobbying*. Las grandes corporaciones empresaria-

¹⁰ MEYER, Jean. “De Rusia y sus imperios”, p.16. Extractos del libro publicados en *La Gaceta del Fondo de Cultura Económica*. México, marzo de 2.000, No. 351, pp. 15-24.

les de todo tipo (sobre todo las de comunicación), y los servicios de inteligencia, cada vez más controlan la vida de los pueblos, por encima o al margen de las instituciones representativas. Las universidades también están cada vez más sometidas a los intereses privados de las empresas que las financian. Veamos, sobre este punto, un resumen de un artículo de *The Telegraph* (del 15 de febrero), que nos facilitó el profesor Vicente de Castro en la Universidad Simón Bolívar:

Un sondeo de quinientos científicos e ingenieros, hecho por un instituto de profesionales, demuestra que uno de cada tres investigadores está dispuesto a ignorar las conclusiones de sus trabajos con tal de ganar el favor de los que financian su labor y poder obtener más fondos. El número de científicos dispuestos a comprometer la objetividad de sus datos ha aumentado desde el último sondeo de 1991, y Highfield [el autor del artículo] opina que se debe al recorte de los fondos públicos destinados a la investigación, que ha puesto a los centros de investigación más a merced del sector comercial.

El treinta por ciento de los científicos consultados admite haber alterado sus conclusiones, por diversos motivos. Un diecisiete por ciento lo hizo porque se le pidió para dar gusto a los que encargaron el trabajo. Un diez por ciento, para conseguir ulteriores contratos. Y un tres por ciento porque se le desaconsejó la publicación de los resultados. El instituto que realizó el sondeo hizo notar que la mitad de los científicos está buscando un nuevo empleo.

Por otra parte, un cuarenta por ciento de los científicos consultados opinó que la privatización del financiamiento había hecho más difícil ofrecer un trabajo independiente que tomara en cuenta los intereses públicos. Aun en los centros públicos de investigación, hoy en día, en el mundo de los anglosajones, son muchos los científicos que dependen de los fondos privados.

En todo caso, debe captarse la importancia que tiene el que haya una instancia de búsqueda de la verdad que no esté sometida a intereses particulares. Y, por tanto, que haya una institucionalidad académica que cuente con financiamiento público. Y esto no tiene por qué ser un obstáculo para la autonomía, como no lo es en el caso de los jueces, ni lo ha sido por siglos en Alemania, Italia o España recientemente; ni en toda

Europa durante la Edad Media o en la América española durante la colonia, en las que la Iglesia ocupaba una posición pública.

La verdad es que en Venezuela, actualmente, el peligro de seguro no reside en la privatización de las universidades, sino, más bien, en la reducción de su presupuesto, con el pseudo-argumento de que no es necesario hacer investigación aquí, pues basta con la que se hace en los Estados Unidos, o de que lo más importante es invertir en la educación básica. Y reside también en el cierre total del acceso a la educación superior de los pobres, por diversas vías: el cobro de matrícula es una de ellas, pero no por sí solo, sino unido a la ausencia de previsión de planes de exoneración y de becas bien estructurados y puestos en práctica con eficacia. Éstas son las líneas que quiere imponer nuestro partido oligárquico o neoliberal.

Ante la gravedad de los peligros actuales, y en el entendido de que los bienes en juego no dependen de una declaración formal, debemos defender con toda nuestra fuerza dialéctica y con nuestras escasas fuerzas físicas, la recta autonomía de nuestras universidades. Poco importa si se incluyen en el artículo 109 de la Constitución de 1999 como “universidades autónomas” o “experimentales”. Como decía el artículo 50 de la Constitución de 1961, la enumeración positiva de derechos no puede entenderse en menoscabo de otros derechos que sean inherentes a los sujetos sociales en la situación histórica concreta en que se encuentren. No puede entenderse en menoscabo del Derecho natural¹¹, bien entendido.

¹¹ El Derecho natural, según Aristóteles en el libro V de su *Ética a Nicómaco* (capítulo 7), es algo variable, igual que todos los asuntos humanos, pero no sometido al arbitrio del legislador.

CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS PODERES PÚBLICOS

Allan R. Brewer-Carías

La Constitución de 1999, como se trata de la Constitución *nacional* de un Estado Federal, si bien destina la mayoría de sus artículos a regular la organización de los órganos del Poder Nacional, es decir, de los órganos que conforman la República; sin embargo, también establece un conjunto de principios que conforman el marco constitucional para la organización del Poder Estatal y del Poder Municipal.

Además, muchas de las normas orgánicas de la Constitución se han formulado en general, regulando principios que se refieren a todos los órganos del Poder Público, y que en definitiva se aplican tanto al Poder Público Nacional, como al Estatal y al Municipal.

L PRINCIPIOS SOBRE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE TODOS LOS PODERES PÚBLICOS (NACIONALES, ESTADALES Y MUNICIPALES)

En la Constitución, cuando se regula “a los órganos del Poder Público”, al “Estado” o a la “Administración Pública”, la normativa respectiva, por supuesto, no está destinada a regular sólo a la República (Poder Nacional), sino a los Estados (Poder Estatal) y a los Municipios y otras entidades locales (Poder Municipal).

Se pueden distinguir, así, en *primer lugar*, un conjunto de principios constitucionales que se aplican a los tres niveles de distribución territorial del Poder Público; en *segundo lugar*, las normas que regulan a la Administración Pública; en *tercer lugar*, las relativas a la función pública; y en *cuarto lugar*, las que se refieren a los contratos de interés público que se refieren a los tres niveles territoriales; la mayoría de las cuales se encuentran en el Capítulo I (Disposiciones fundamentales) y del Título IV que se refiere a “Del Poder Público”, obviamente referidas al Poder Municipal, al Poder Estatal y al Poder Nacional (art. 136).

1. Principios constitucionales generales

El *primer* principio constitucional que rige a todos los órganos del Poder Público (Nacional, Estatal o Municipal) es el principio democrático que regula el artículo 5º, de manera que el principio de elección popular rige en todos los niveles, conforme a la Constitución (autonomía política). La ley que regula el sistema electoral en todos los niveles territoriales es una ley nacional (art. 156,32).

El *segundo* principio, es el de la supremacía constitucional que rige respecto de “todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público” (art. 7). El sistema judicial de control de la constitucionalidad de los actos estatales, sólo puede ser regulado por ley nacional (arts. 156,31; 334).

El *tercer* principio que rige todos los niveles del Poder Público, es el principio de legalidad establecido tanto en el artículo 137 como en el artículo 141 de la Constitución. La “ley” que se indica en dichas normas, por supuesto, no sólo es la ley nacional, sino que también es la ley estatal y la ley municipal (ordenanzas), en sus respectivas áreas de competencia, a las cuales los Estado y Municipios también deben sujetarse.

El *cuarto* principio es el de la responsabilidad individual que origina el ejercicio del Poder Público por abuso o desviación de poder o por violación de la Constitución o de la ley (art. 139); noción esta última, que abarca tanto la ley nacional, como la ley estatal y la ley municipal.

El *quinto* principio es el de la responsabilidad patrimonial del “Estado” (art. 140), expresión que, como en casi toda la normativa constitucional que la utiliza, comprende la globalidad de las entidades políticas que lo componen, es decir, la República, los Estados, y los Municipios y demás entidades locales. En el mismo sentido la expresión “Administración Pública” que utiliza el artículo 140 se refiere tanto a la Administración Pública Nacional, como a la estatal y a la Municipal. Por supuesto, el régimen legal general relativo a la “responsabilidad” como institución de derecho privado, corresponde establecerlo al Poder Nacional (legislación civil) (art. 156,32).

2. Principios sobre la Administración Pública

En cuanto a las normas que se refieren a la Administración Pública, y que se aplican a los tres niveles territoriales, estas están, básicamente en los artículos 141 y siguientes de la Constitución, y son las siguientes:

En *primer lugar*, la relativa a los principios de la actividad administrativa (art. 141), que rigen por igual respecto de la actuación administrativa de los entes nacionales, de los entes estatales y de los entes municipales.

En *segundo lugar*, la relativa a la creación de institutos autónomos que sólo pueden crearse por ley. Por supuesto, la “ley” que se refiere en esta norma, en los correspondientes ámbitos territoriales, es la ley nacional para la creación de los institutos autónomos nacionales; la ley estatal para la creación de los institutos autónomos estatales, y la ley municipal (ordenanzas) para la creación de institutos autónomos municipales.

En *tercer lugar*, la relativa al control del “Estado” sobre los intereses públicos en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, en la forma que establezca la ley (art. 142), donde por supuesto, la expresión “Estado” se refiere a la República, a los Estados y a los Municipios, en cuyo caso, la “ley” indicada es tanto la ley nacional, como la ley estatal y la ley municipal, respectivamente, en sus correspondientes ámbitos territoriales.

En *cuarto lugar*, la relativa al derecho a la información administrativa y al acceso a los documentos oficiales, salvo los límites que se establezcan de conformidad con la ley (art. 143). Aquí, la “ley” sólo puede ser la ley nacional pues se trata de límites a un “derecho constitucional” cuya regulación legal compete exclusivamente al Poder Nacional (art. 156,32).

3. Principios relativos a la función pública

Los principios relativos a la función pública, establecidos en los artículos 144 a 148 de la Constitución, se aplican tanto a la Administración Pública Nacional como a la Administración Pública Estatal y a la Administración Municipal; y la referencia a la “ley” que se hace en di-

chos artículos abarca tanto a la ley nacional como a la ley estatal y a la ley municipal que se dicte en esos niveles territoriales.

La única reserva legislativa al Poder Nacional que contienen esas normas están expresamente indicadas y son la “ley orgánica” (que sólo puede ser una ley nacional conforme al artículo 203 de la Constitución) que debe fijar los límites a los emolumentos de los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales (art.147); y la “ley nacional” que debe establecer el régimen de jubilaciones y pensiones para los funcionarios públicos, tanto nacionales como estatales y municipales. El Constituyente, en este caso, fue preciso: cuando quiso reservar al Poder Nacional la legislación sobre la función pública la calificó expresamente como “ley orgánica” o como “ley nacional”, por lo que todas las otras remisiones a “la ley” que hacen dichas normas (arts.144 a 148) se refieren, en sus respectivos niveles de competencia organizativa, tanto a la ley nacional como a la ley estatal y a la ley municipal. En este último caso de los Municipios, por supuesto, con sujeción a la jerarquía de las fuentes que establece el artículo 169 de la Constitución.

4. Principios relativos a los contratos de interés público

En cuanto a la aprobación de contratos de interés público nacional por la Asamblea Nacional, por supuesto que la “ley” a que se hace referencia en el artículo 150 sólo puede ser la ley nacional; por lo que el régimen de la aprobación de contratos de interés público estatal por los Consejos Legislativos, es competencia de la ley estatal; y la aprobación de contratos de interés municipal por los Concejos Municipales o los Cabildos distritales o metropolitanos, es competencia de las ordenanzas respectivas.

Igualmente, “la ley” que puede exigir en la celebración de contratos de interés público (nacional, estatal y municipal) “determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio y de otro orden”, en cada nivel territorial, es la ley nacional, la ley estatal o la ley municipal, respectivamente; excepto en lo que se refiere a condiciones de “nacionalidad”, que sólo podrían establecerse en “ley nacional” dada la reserva al Poder Nacional en materia de nacionalidad (arts. 38 y 156,4).

Las “leyes” a que hace referencia el artículo 151 sobre la competencia de los tribunales de la República para conocer de controversias

sobre contratos de interés público (nacional, estatal o municipal), por supuesto, sólo pueden ser las “leyes nacionales” dada la reserva al Poder Nacional de la competencia normativa sobre la administración de justicia (art. 156,31 y 253).

II. PRINCIPIOS SOBRE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS PODERES PÚBLICOS NACIONALES

Conforme al artículo 136 de la Constitución, el Poder Público *Nacional* se divide en “Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral”, y a su organización se destina el Título V (De la organización del Poder Público Nacional) (arts. 186 a 298), correspondiendo a la Asamblea Nacional legislar “sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional” (art. 187,1).

Debe señalarse, en cuanto a los nuevos Poderes Públicos Nacionales que crea la Constitución de 1999, que el Poder Electoral es siempre nacional; y en cuanto al Poder Ciudadano, dos de sus componentes, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo, son instituciones nacionales regidas por las leyes nacionales (arts. 156,31 y 273 y sigts.). En cuanto a la Contraloría General de la República, es un órgano nacional, regido por la ley nacional (art. 289), pero ello no excluye que en los Estados y Municipios se organice un *Poder Contralor*, dado que la Constitución prevé la existencia de las Contralorías Estadales (art. 163) y Municipales (art. 176), las cuales se rigen por lo que establezcan, respectivamente, las leyes estadales y las ordenanzas municipales, estas últimas dentro de la jerarquía de fuentes que establece el artículo 169; sin perjuicio de que la ley nacional pueda regular su integración al sistema nacional de control fiscal (art. 290).

En cuanto al Poder Judicial, debe recordarse que la organización y administración de la justicia se nacionalizó en Venezuela, desde 1945, habiendo constituido, durante las últimas décadas, una competencia exclusiva del Poder Nacional.

Esto, sin embargo, ha variado en la Constitución de 1999, estableciéndose un principio de distribución de competencia entre los tres niveles del Poder Público en la materia, lo que se corrobora con la previsión del

artículo 269 de la Constitución, que regula la organización del Poder Judicial en forma tal que se pueda “promover la descentralización administrativa y jurisdiccional” del mismo.

En efecto, corresponde al Poder Nacional, conforme al artículo 156,31 la “organización y administración *nacional* de la justicia”. Esta redacción significa que también podría haber una administración estatal y municipal de la justicia que, sin embargo, debería regularse en la ley nacional; lo que se corrobora a nivel municipal al atribuir, el artículo 178 de la Constitución, a los Municipios, competencia en materia de “justicia de paz” pero “conforme a la legislación *nacional* aplicable” (ord. 7). Por ello, el artículo 258 establece que “la ley organizará la justicia de paz en las comunidades”, debiendo los jueces de paz ser elegidos por votación universal, directa y secreta conforme a la ley.

III. PRINCIPIOS SOBRE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS PODERES PÚBLICOS DE LOS ESTADOS

1. La potestad de autoorganización

Conforme a la Constitución, a nivel de los Estados se distinguen dos Poderes: el Poder Legislativo, atribuido a los Consejos Legislativos Estadales; y el Poder Ejecutivo, atribuido a los Gobernadores de Estado. Se prevé en la Constitución, además, un órgano del Poder Público Estatal con autonomía funcional, que es la Contraloría Estatal que puede ser configurada como Poder Contralor.

Ahora bien, conforme al artículo 164 de la Constitución, corresponde a los Estados, “dictar su Constitución *para organizar los Poderes Públicos*, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución”.

De esta norma resulta, de entrada, que, *primero*, las Constituciones de los Estados no son leyes ordinarias de los Consejos Legislativos Estadales, por lo que deben regularse con jerarquía superior a las leyes estadales (por ello se la denomina “Constituciones” y no “leyes estadales”). *Segundo*, que se trata de Constituciones “para organizar los Poderes Públicos”, es decir, Constituciones que básicamente deben tener un contenido orgánico, quedando reservado el contenido dogmático de la Constitución (deberes, derechos y garantías) a la Constitución Nacional.

2. La excepción respecto de los Consejos Legislativos

Pero a pesar de la competencia organizativa propia de los Estados respecto de sus Poderes Públicos, conforme al artículo 162 de la Constitución, una “ley nacional” debe regular el régimen de la organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos Estadales, que es uno de los Poderes Públicos estadales. Se estableció, así, una distribución de competencia entre el Poder Nacional y el Poder Estatal para organizar los Poderes Públicos Estadales, lo cual es una limitación sin precedentes en la historia constitucional, de la autonomía de los Estados. Sin embargo, el proyecto de ley nacional respectivo debe ser sometido a consulta de los Estados, a través de sus Consejos Legislativos, en forma obligatoria; y a través de estos, a consulta de la sociedad civil (art. 206). No se prevé en la Constitución alguna otra excepción a la autonomía organizativa estatal, por lo que no compete a la Asamblea Nacional dictar ley alguna sobre la organización y funcionamiento de cualesquiera otros Poderes Públicos estadales, incluyendo las Contralorías estadales.

3. El régimen legal aplicable a los Estados

En efecto, si se analizan las normas del Capítulo constitucional relativo a “Del Poder Público Estatal”, se observa lo siguiente en cuanto a las referencias que en el mismo se hacen a la ley o las leyes.

El artículo 159 obliga a los Estados “a cumplir y hacer cumplir esta Constitución y las leyes de la República”. Esta expresión “leyes de la República” como “Estado Federal” (art. 4), no se puede reducir a la “ley nacional”, sino que comprende todas las leyes que se apliquen en jurisdicción de cada Estado, por lo que no sólo están sujetos a la ley nacional, sino a las leyes estadales que dicte cada Consejo Legislativo en el Estado y en el respectivo territorio municipal, a las mismas Ordenanzas Municipales que dicten los Concejos Municipales que conforman cada Estado.

En el resto de los artículos del Capítulo (arts. 160 a 167) relativo a los Estados, salvo cuando el Constituyente remite expresamente a la “ley nacional”, todas las referencias a “la ley” sólo pueden ser dirigidas a las leyes estadales, es decir, aquellas que conforme al artículo 162 sean el resultado del ejercicio por los Consejos Legislativos de la competencia para “legislar sobre las materias de la competencia estatal” (ord. 1°).

En efecto, en el Capítulo constitucional relativo a los Estados se hace referencia a la "*ley nacional*" en el artículo 162, para la regulación del régimen de la organización y el funcionamiento del Consejo Legislativo. Tratándose de un régimen excepcional y limitativo de la autonomía estatal, esta legislación nacional debe ser lo más global posible, estableciendo un marco mínimo, que debe ser regulado posteriormente por los propios Consejos Legislativos de acuerdo a las características y situación de cada Estado. Sería absurdo que la Asamblea Nacional regularse en detalle todos los aspectos de la organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos, no dejando campo para la regulación específica de los mismos en cada Estado, a través de su respectiva Constitución.

Por otra parte, el ordinal 4 del artículo 164, al regular la competencia exclusiva de los Estados, se refiere a la competencia tributaria "según las disposiciones de las *leyes nacionales* y estatales". Con esta disposición se establece una segunda limitación de importancia a la autonomía estatal, permitiéndose que la ley nacional establezca disposiciones generales sobre la organización, recaudación, control y administración de los ramos tributarios propia de los Estados que, además, no existen sino en los términos que le sean asignados por la *ley nacional* (art. 167,5). La *ley nacional*, además, es la que puede determinar la participación estatal en los tributos nacionales (art. 167,6).

Otra referencia a la *ley nacional* está en el mismo artículo 164,6 al atribuir competencia a los Estados en la organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, "conforme a la legislación nacional aplicable" (art. 332).

Además, también corresponde a la ley nacional desarrollar todo lo concerniente al situado constitucional, ya que se trata del uso de una partida que debe establecerse en el Presupuesto Nacional. Por ello, a pesar de que el ordinal 4 del artículo 167 haga referencia a la "la ley", esta "ley", por regular una materia de naturaleza macroeconómica y presupuestaria nacional, que es una materia reservada al Poder Nacional (arts. 156,11; 311 y sigs.) es, por tanto, una *ley nacional*.

Por último, conforme al artículo 165 el Poder Nacional es el llamado a dictar las *leyes de bases* relativas al ejercicio de "materias objeto de competencias concurrentes" entre la República y los Estados; leyes de bases que, obviamente, son leyes nacionales.

Salvo estas excepciones expresas, todas las otras referencias que los artículos 160 y siguientes de la Constitución hacen a “la ley”, se refieren a la ley estatal como, sin duda, es la que debe regular las funciones de las Contralorías Estadales y los concursos públicos para la designación de los Contralores Estadales (art. 163).

4. Precisiones sobre el Poder Contralor y los Poderes Públicos estadales

En efecto, como se ha dicho, conforme a la Constitución, “el Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional” (Art. 136), de manera que cada una de esas ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, aún cuando los órganos a los que incumbe su ejercicio deban colaborar entre sí en la realización de los fines del Estado (Art. 136).

La distribución vertical del Poder Público en los mencionados tres niveles políticos territoriales que corresponden a los Municipios (Poder Municipal), a los Estados (Poder Estatal) y a la República (Poder Nacional), constituyen la base institucional del Estado Federal Descentralizado que se regula en el artículo 4 de la Constitución.

La consecuencia de la forma federal del Estado, y del principio de descentralización política, por supuesto, es que cada uno de los tres niveles territoriales goza de autonomía, como expresamente se indica en los artículos 159 y 168 de la Constitución, respecto de los Estados y Municipios.

La autonomía, ante todo, implica que en el ejercicio de sus respectivas competencias, las entidades político territoriales no están sujetos a relación jerárquica ni a sujeción alguna entre ellas, ni de orden legislativa ni ejecutiva, conforme a lo que garantice la Constitución, salvo las excepciones que expresamente se establezcan en el texto fundamental.

Es decir, en un Estado federal o en todo sistema de distribución política territorial del Poder Público, la Constitución es la que establece la garantía de la autonomía y, por tanto, sus límites. En cuanto a la autonomía de los Estados, particularmente en cuanto concierne al Poder Estatal, como se ha dicho, las únicas restricciones a la autonomía organizativa de los mismos es que, primero, la organización de los Poderes

res Públicos estatales debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en la propia Constitución, es decir, conforme a los artículos 159 a 167 del Texto Fundamental; *segundo*, que el gobierno de los Estados como entidades políticas, debe tener las características establecidas en el artículo 6º de la Constitución; y *tercero*, que una “ley nacional” debe establecer el régimen de la organización y el funcionamiento de los Consejos Legislativos estatales (Art. 162). Esta última es la única injerencia del Poder Nacional en la organización de los Poderes Públicos de los Estados; de manera que el legislador nacional no tiene ninguna otra injerencia en la organización de los poderes estatales.

Ahora bien, como se dijo, de acuerdo con la Constitución, en el nivel nacional del Estado Federal, es decir, el Poder Nacional, este se divide en cinco ramas: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral (Art. 136). En esta forma, la Constitución de 1999 les asignó el carácter de ramas del Poder Público Nacional, como Poder Ciudadano y Poder Electoral, a los órganos estatales que conforme a la Constitución de 1961 eran *órganos con autonomía funcional*, que ejercían el Poder Nacional, pero que no estaban integrados en los órganos del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial.

El hecho de que antes de la Constitución de 1999, la Contraloría General de la República, el Consejo Nacional Electoral o el Ministerio Público, por ejemplo, fueran órganos constitucionales con autonomía funcional no integrados ni al Poder Legislativo Nacional, ni al Poder Judicial ni al Poder Ejecutivo Nacional, no significaba que no ejercieran el Poder Público Nacional. Se trataba, por supuesto, de órganos del Poder Nacional, que ejercían el Poder Público Nacional, rompiendo así la clásica división tripartita del Poder Público. Esa situación fue la que se consolidó en la Constitución de 1999, al establecerse una penta división del Poder Público Nacional.

En el nivel estatal y municipal, la situación de los órganos de control del Poder Público Estatal y Municipal, respectivamente, ha sido similar a la indicada anteriormente.

En efecto, las Contralorías Estadales y Municipales siempre han existido como órganos que han ejercido el Poder Estatal y el Poder Municipal, respectivamente, pero con autonomía funcional, en el sentido de

que han sido órganos que no dependían ni de las Asambleas Legislativas o Concejos Municipales ni de los Gobernadores o Alcaldes, respectivamente.

La Constitución de 1999, puede decirse que siguió con esta tradición; y si bien en el nivel nacional dividió el Poder Público en cinco, convirtiendo formalmente a los antiguos órganos constitucionales con autonomía funcional en ramas del Poder Público Nacional, no hizo lo mismo en el nivel estatal y municipal.

En los Estados, en particular, se continuó con una organización bipartita del Poder Estatal: el Poder Legislativo (Art. 162) que se ejerce por los Consejos Legislativos Estadales y el Poder Ejecutivo (Art. 160) que se ejerce por los Gobernadores de Estado. Pero la división bipartita del Poder Estatal no excluye que haya órganos del Poder Estatal, que no ejercen ni el Poder *Ejecutivo* Estatal ni el Poder *Legislativo* Estatal, y que gozan de autonomía, como son precisamente las Contralorías Estadales reguladas expresamente en la Constitución (Art. 163). En las Constituciones Estadales, además, podrían crearse otros órganos con autonomía funcional que ejercen el Poder Público Estatal, como en algunos Estados existen, por ejemplo, el Defensor del Pueblo, particularmente frente al gobierno y administración pública estadales.

En todo caso, lo que queda claro en la Constitución es que los órganos que conforman los Poderes Públicos estadales, no sólo son los que ejercen el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo Estadales, sino que hay otros órganos que ejercen el Poder Estatal, que gozan de autonomía funcional y que, por tanto, forman parte de los poderes estadales, no integrados al Poder Legislativo ni al Poder Ejecutivo, como son precisamente las Contralorías Estadales.

Ahora bien, los Estados tienen constitucionalmente, competencia para “dictar su Constitución para organizar los poderes públicos, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución” (Art. 164,1). Por tanto, es competencia *exclusiva* de los Estados, a través de sus Consejos Legislativos mediante la sanción de la Constitución estatal, no sólo organizar los respectivos Consejos Legislativos y la Gobernación de los Estados, sino también a las Contralorías Estadales y a los demás órganos de los poderes públicos estadales, con la única limitación de que ello deben hacerlo “de conformidad con lo dispuesto en la Constitución”.

En cuanto a las Contralorías de los Estados, por tanto, estas son órganos que ejercen el Poder Público Estatal, no integradas ni dependientes del Poder Legislativo (Consejo Legislativo) ni del Poder Ejecutivo (Gobernador) del Estado, pero que, sin embargo, forman parte de los Poderes Públicos del Estado, y que deben ser organizados por los Estados, en la Constitución estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución.

Este artículo 163 de la Constitución, por tanto, es el marco constitucional que deben tener en cuenta los Consejos Legislativos Estadales, para organizar las Contralorías Estadales, como órganos estadales con autonomía funcional, distintos a la Contraloría General de la República como lo indican los ordinales 1 y 2 del artículo 289 de la propia Constitución.

Conforme al artículo 163 del Texto Fundamental, por tanto, la Constitución de cada Estado y la legislación estatal complementaria, deben regular a la Contraloría Estatal conforme a los siguientes principios:

1. La Contraloría Estatal es un órgano que ejerce el Poder Público Estatal;
2. La Contraloría Estatal goza constitucionalmente de autonomía orgánica y funcional, en el ámbito de la organización de los poderes públicos estadales, por lo que no depende ni está sujeta a los Poderes Legislativos (Consejo Legislativo) o Ejecutivo (Gobernador) del Estado.
3. La Contraloría Estatal ejerce, conforme a la Constitución y a la ley, el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes estadales, sin menoscabo del alcance de las funciones de la Contraloría General de la República.

La norma, no califica la “ley” conforme a la cual la Contraloría debe ejercer sus funciones, la cual, por tanto, ante todo debe ser una ley estatal. Debe recordarse que en los casos en los cuales la Constitución ha querido precisar la necesidad exclusiva de una “ley nacional” en relación con los Estados, la ha calificado expresamente como “nacional” (Art. 162, y 164,4, por ejemplo).

La competencia de control de las Contralorías estatales, en todo caso, se debe ejercer sin menoscabo del alcance de las funciones de la Contraloría General de la República en materia de control (Art., 289), particularmente cuando se regule mediante ley nacional, el “sistema nacional de control fiscal” (Art. 290).

4. La Contraloría Estatal debe actuar bajo la dirección y responsabilidad de un Contralor, cuyas condiciones para el ejercicio del cargo son las determinadas por la ley.

Esta “ley”, de nuevo, ante todo, debe ser la ley del Estado, es decir, la que se dicte por el Consejo Legislativo y que puede ser la propia Constitución estatal y la ley estatal que la ejecute. Las normas estatales, en todo caso, son las que deben garantizar la idoneidad e independencia del Contralor estatal, así como la neutralidad en su designación, la cual, en todo caso, debe realizarse mediante concurso público.

En consecuencia, y sin perjuicio de las normas nacionales que se dicten relativas al sistema nacional de control fiscal (Art. 290), y que puedan referirse a las Contralorías Estadales como integrantes del mismo, es competencia exclusiva de cada Estado, a través del órgano legislativo (Consejo Legislativo Estatal), sea al dictar la Constitución del Estado que organice los poderes públicos estatales (incluida la Contraloría estatal) o al dictar la Ley de la Contraloría del Estado; regular tanto la organización y funcionamiento de la Contraloría Estatal como órgano con autonomía orgánica y funcional y la idoneidad e independencia del Contralor, como la forma de su designación mediante concurso público, que garantice la neutralidad de la designación.

Ahora bien, correspondiendo a los Consejos Legislativos Estadales dictar la legislación sobre organización y funcionamiento de las Contralorías Estadales, como uno de los órganos de los poderes públicos estatales, en dicha legislación es donde deben regularse los concursos públicos para la designación de los Contralores.

La autonomía de las Contralorías Estadales no puede implicar que tengan en forma exclusiva potestades de autonormación, que exclu-

yan los poderes normativos de los Consejos Legislativos estatales. Ello sería desconocer la potestad constitucional de los Consejos Legislativos para organizar los poderes públicos estatales (Art. 164,1), aparte de que sería contrario a los principios más elementales de la organización del Estado con forma federal.

El hecho de que las Contralorías estatales no puedan depender de los Consejos Legislativos estatales no impide el ejercicio, por parte de estos, de la potestad normativa sobre los órganos del Estado, y sobre la forma de realización de los concursos públicos para la designación de los Contralores. Es decir, como órganos legislativos estatales, los Consejos Legislativos tienen competencia para regular la forma de realización de los concursos públicos para la designación de los Contralores y, en dichas normas, establecer cómo y quién debe llamar al concurso, y regular al jurado que debe evaluar a los candidatos; los criterios para escoger al que deba ser designado; las modalidades de la toma de posesión y juramentación del Contralor designado; así como los principios de remoción, por enjuiciamiento, por ejemplo. Ninguna "ley nacional" puede constitucionalmente dictarse en estas materias.

Como conclusión de todo lo antes expuesto, a los efectos de la designación de los Contralores Estadales, conforme a la Constitución de 1999, los Consejos Legislativos Estadales necesariamente deben proceder a ejercer sus potestades normativas de organización de los poderes públicos estatales, mediante la sanción de la respectiva Constitución y de la Ley de Contraloría complementaria.

Al ser dictada dicha legislación, puede decirse que cesa definitivamente para el Estado correspondiente, en cuanto al Contralor Estatal, las potestades de designación provisional de los mismos que el *Régimen de Transición del Poder Público* dictado por la Asamblea Nacional Constituyente el 22-12-99, atribuyó al Contralor General de la República (Art. 38). En todo caso, mientras dicha legislación no se dicte, los Consejos Legislativos Estadales no podrían llamar a concurso para designar a los Contralores Estadales. En cambio, una vez dictada dicha legislación de organización de los poderes públicos estatales, incluida las Contralorías Estadales, el Contralor General de la República no podría ejercer la competencia que le atribuyó el Art. 38 del mencionado Régimen de Transición del Poder Público, para designar provisionalmente a los Contralores Estadales.

IV. PRINCIPIOS SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE LOS MUNICIPIOS

Conforme al artículo 169 de la Constitución, la organización de los Municipios y demás entidades locales se debe regir por la Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las *leyes orgánicas nacionales* y por las disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los Estados.

Se establece, así, un orden jerárquico de las fuentes legales que rigen respecto de la organización de los Municipios: ley orgánica nacional y leyes estatales.

Además, como se dijo, la legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales relativos a los Municipios y demás entidades locales, tanto la que se dicte a nivel nacional como la que se dicte por los Estados, debe establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración municipal, incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos, debiendo establecer las opciones para la organización del régimen de gobierno y administración local que debe corresponder a los Municipios con población indígena.

Por tanto, la competencia organizativa municipal se ha distribuido entre el Poder Nacional y el Poder Estatal, lo que se reafirma en el artículo 164,2 que atribuye a los Estados, competencia para establecer “la organización de sus Municipios y demás entidades locales y su división político territorial, conforme a la Constitución y a la ley”.

Tatiana B. de Mackelt
BIBLIOTECA

REFLEXIONES SOBRE LA NUEVA ORDENACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN VENEZUELA

José Ignacio Hernández G.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. DEL SERVICIO PÚBLICO A LAS ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL

- A. Las telecomunicaciones como actividades económicas públicas.
- B. Las telecomunicaciones como actividades de interés general que se prestan en régimen de libre competencia.

II. LA NEO-REGULACIÓN EN LAS TELECOMUNICACIONES. ALGUNAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA NUEVA ORDENACIÓN.

- A. Una nota sobre la neo-regulación.
- B. La neo-regulación para implementar la libre competencia.
- C. La neo-regulación como técnica de limitación: el servicio universal y las obligaciones de servicio público.

CONSIDERACIONES FINALES.

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones (en lo adelante, LOT)¹ representa el cambio más significativo en la ordenación de las telecomunicaciones y, también, una de las transformaciones más importantes que el Derecho Administrativo Económico ha tenido en Venezuela. La Ley, abandonando la filosofía que había impulsado al legislador a *reservar* las telecomunicaciones al Estado, parte de la *confianza en la libre iniciativa económica privada, en la libre competencia y en definitiva, en el mercado*, como instrumentos para atender un servicio que, como las telecomunicaciones, tiene una indudable vinculación con el interés general.

Se ha producido, pues, la *liberalización de las telecomunicaciones* en Venezuela. Liberalización que ha sido abordada por el legislador de una manera tímida, a veces de manera confusa y un

¹ Publicada en la *Gaceta Oficial* número 36.970, de 12 de junio de 2000. Véase, con carácter general, el estudio que sobre tal Ley está publicado en la página www.badellgrau.com, en la cual se publican, además, algunos estudios del autor sobre el sector de las telecomunicaciones.

tanto ambigua. Liberalización, también, que aparece acompaña en la nueva Ley de algunas disposiciones cuya intención, debemos reconocerlo, pareciera ser otra, muy distinta. Es así como junto a la *liberalización* de estas actividades –cuya finalidad es, a la postre, el *incentivo* de la libre iniciativa privada- la LOT preserva (e intensifica) algunas de las técnicas que tradicionalmente había desplegado la Administración para intervenir en las telecomunicaciones.

Ahora bien, la novedad de la Ley –cuyas disposiciones apenas si se han comenzado a aplicar- impide, al menos en los actuales momentos, formular conclusiones categóricas sobre el impacto que la nueva ordenación traerá en este importante sector. De allí que, a través de este estudio, sólo pretendemos esbozar los *principios rectores* sobre los que pivota la LOT, formulando un juicio crítico acerca de su alcance práctico.

Partiendo de estas premisas, el presente estudio se estructurará en *dos partes*. La primera se encuentra dividida en dos secciones, en las cuales estudiaremos, respectivamente, el régimen de las telecomunicaciones como actividades económicas públicas y el régimen de las telecomunicaciones como actividades de interés general. En la segunda parte, dividida en tres secciones, abordaremos el concepto de neo-regulación; la neo-regulación que la LOT implementa para introducir la libre competencia y la neo-regulación destinada a limitar la libertad económica.

I. DEL SERVICIO PÚBLICO A LAS ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL

A. Las telecomunicaciones como actividades económicas públicas

La Ley de Telecomunicaciones de 1940², como correspondía al *momento histórico* en el cual fue dictada, partió de la *publicación de todas* las actividades de telecomunicaciones, las cuales, en consecuencia, eran de *titularidad pública*. Así se desprendía del artículo 1 de la Ley, según el cual:

“...el establecimiento y explotación de todo sistema de comunicación telegráfica por medio de escritos, signos, señales, imágenes y sonidos de toda naturaleza, por hilos o

² Publicada en la *Gaceta Oficial* número 20.248 de 1 de agosto de 1940

sin ellos u otros sistemas o procedimientos de transmisión de señales eléctricas o visuales, inventados o por inventarse, corresponde exclusivamente al Estado. Su administración, inspección y vigilancia, al Ejecutivo Federal ...”.

El instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo tal publicación es la *reserva*, esto es, la *potestad* que constitucionalmente se atribuye al Estado para *asumir la titularidad* de actividades o servicios, *excluyendo* a la libre iniciativa privada. Reserva de titularidad y exclusión de la libertad económica eran, entonces, las dos consecuencias que derivaban de la norma que acabamos de transcribir.

Podría afirmarse –como en efecto se ha hecho- que lo anterior erigía a las telecomunicaciones como *auténticos* servicios públicos. Afirmación que si bien es usual, presenta sin embargo innumerables problemas y matices que han de considerarse, especialmente, frente a la nueva ordenación que introduce la LOT. Por ello preferimos optar por una calificación que, al margen de cualquier otra connotación, parte de la literalidad del artículo: las telecomunicaciones, bajo la legislación de 1940, eran *actividades económicas públicas*. Su *desarrollo*, por tanto, no se encontraba dentro del *ámbito* propio de actuación de la libre iniciativa económica privada. Es ahí donde reside, precisamente, el fundamento de la *reserva* efectuada por el legislador.

Carácter *público* de las telecomunicaciones, que se proyectaba, también, sobre *todo su régimen jurídico*. De esa manera, las notas que caracterizaban a las telecomunicaciones como *actividades económicas públicas* pueden sistematizarse conforme a la siguiente enumeración.

- a. Exclusión de la libertad económica y el necesario traslado del derecho de acceso al mercado. La política de concurrencia desplegada por CONATEL.

Es este, sin duda, el efecto más importante de la Ley de Telecomunicaciones de 1940: la exclusión de la libertad económica. Los particulares no tenían el *derecho constitucional a dedicarse a cualquier actividad de telecomunicaciones*. Además, la exclusión de la libertad económica producía, *en principio*, otra consecuencia: la exclusión de la libre competencia. En efecto, la libre competencia es un atributo inherente al derecho constitucional a la libertad económica; eliminada ésta, queda también proscrita aquélla.

Los particulares, en consecuencia, no podían *explotar* actividades de telecomunicaciones en ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica. Tampoco podían *competir libremente* entre ellos. En definitiva, el sector privado no podía concurrir, *en libertad*, en las distintas actividades que integraban el sector³.

Pero que los particulares no tuviesen el derecho constitucional a intervenir en el sector de telecomunicaciones, no significaba que esa intervención estuviese igualmente proscrita. Muy por el contrario, la Ley de Telecomunicaciones expresamente permitía que los particulares interviniesen en la explotación de actividades de telecomunicaciones, previo el otorgamiento de **permisos** (si no se perseguían fines de lucro) o la **concesión** (si se perseguían fines lucrativos). Lo particular de esos títulos habilitantes —en especial, de la concesión— era su *carácter traslativo*: a través del contrato administrativo de concesión la Administración *trasladaba* al particular el *derecho* a explotar las actividades de telecomunicaciones⁴. Conviene aclarar que esta traslación —en contra de lo sostenido incidentalmente por la jurisprudencia venezolana— no suponía la *transformación* de la naturaleza jurídica de la actividad que era concedida, pues las telecomunicaciones, aún concediéndose en su explotación al sector privado, seguían siendo *actividades económicas públicas*⁵.

³ JOSÉ ARAUJO JUÁREZ (*Derecho de las Telecomunicaciones*, Universidad Católica del Táchira y Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1997, p. 77), al analizar la *reserva* contenida en la Ley de Telecomunicaciones de 1940, concluyó que ésta "... origina dos efectos jurídicos fundamentales: en primer lugar, el establecimiento de una prohibición a los particulares de realizar actividades en el sector reservado; y, en segundo lugar, el establecimiento de un monopolio de derecho a favor del Estado, para realizar la o las actividades o servicios reservados...". Esta conclusión sería, sin embargo, rechazada posteriormente por la jurisprudencia, como veremos más adelante.

⁴ El propio artículo 1 de la Ley de Telecomunicaciones, luego de *reservar* estos servicios al Estado, señalaba que "... sin embargo, el Ejecutivo Federal podrá otorgar permisos y concesiones a particulares para el establecimiento y explotación, o para el empleo con fines educativos, de los servicios expresados...". La reglamentación dictada en ejecución de la Ley distinguió los permisos (definidos como los *títulos que habilitan la prestación de servicios de telecomunicaciones sin fines de explotación comercial*) de las concesiones (definidas como los *títulos que habilitan la prestación de servicios de telecomunicaciones con fines de explotación comercial*). Cfr.: ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Derecho de las Telecomunicaciones*, cit., p. 28.

⁵ La sentencia de la Sala Político-Administrativa de 5 de octubre de 1970, caso *CANTV*, señaló lo siguiente: "... los servicios de telecomunicaciones son, en principio, servicios públicos, por encontrarse entre aquellos que el legislador ordinario ha reservado exclusivamente al Estado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley de la materia (...) esto no impide, sin embargo, que algunos de dichos servicios *sean transferidos al sector privado y pierda, en consecuencia, su carácter de*

De hecho, la posibilidad de otorgar concesiones para intervenir en las actividades de telecomunicaciones permitió a CONATEL implementar una *política de concurrencia*. Salvo el sector de la telefonía básica, la participación del sector privado en las telecomunicaciones se efectuó a través de *concesiones no exclusivas*, por lo que –y a excepción de la actividad ya señalada– ningún sector de las telecomunicaciones era explotado en *monopolio*.

Esta concurrencia de operadores era posible, recalcamos, pues la Administración –principalmente, a través de concesiones– *trasladaba* a los particulares el derecho a explotar servicios de telecomunicaciones, al ser éstos actividades de titularidad pública. Sin embargo, la explotación de ciertos servicios de telecomunicaciones requería, además, el otorgamiento de otro título: la *concesión* de uso del *espectro radioeléctrico*, auténtica concesión de la dominialidad pública. Nótese que, en el primer caso, la concesión permitía al particular *explotar una actividad reservada al Estado*; en el segundo supuesto, la concesión permitía el *uso de un bien del dominio público*. Es importante resaltar la existencia simultánea de uno y otro título pues, como veremos, la figura de la concesión del dominio público subsiste en la nueva ordenación de las telecomunicaciones⁶.

Una última aclaratoria. La exclusión de la libertad económica y de la libre competencia, como corolarios de la *reserva* sobre el sector de las telecomunicaciones, si bien era una consecuencia pacíficamente

servicio público, porque la ley faculta al Gobierno Nacional para otorgar permisos o concesiones a particulares para el establecimiento o explotación de los mismos, y el Estado puede, a su vez, recuperar el servicio otorgado a un particular, cuando se extinga la concesión, o como consecuencia de la resolución del respectivo contrato o de un acto en virtud del cual el Gobierno adquiera las instalaciones de la empresa, o las acciones de la compañía, caso de ser la concesionaria una persona jurídica ...” (destacado nuestro). Sin embargo, la concesión no supone la transferencia de la titularidad de la actividad; sólo la transferencia de su gestión. De esa manera, los particulares podían explotar servicios de telecomunicaciones sin que ello implicase el traslado de su titularidad. Como señaló ARAUJO JUÁREZ la Administración nunca “... enajena sus potestades sobre la materia concedida; por el contrario, se reserva una facultad de intervención y control de prestación, ajeno a la sistemática de Derecho Privado y pasa a constituir un poder jurídico exorbitante frente al concesionario. El Poder Público sigue ejerciendo el control y fiscalización de las actividades derivadas de las concesiones de telecomunicaciones quedando el concesionario obligado a observar las limitaciones y restricciones que unilateralmente el Ejecutivo Nacional imponga reglamentariamente con la más estricta sujeción a la ley, y, en última instancia a la Constitución...” (*Derecho de las Telecomunicaciones*, cit., página 76).

⁶ El uso del espectro radioeléctrico contó con una regulación especial, a saber, la *Ley de Concesiones del Espacio Radioeléctrico* (*Gaceta Oficial* número 5,397 Extraordinario del 25 de octubre de 1999). Las disposiciones de esta Ley fueron *expresamente* incorporadas en la novísima LOT.

aceptada, fue rechazada expresamente por la jurisprudencia, primero, de la Sala Político-Administrativa (sentencia de 18 de junio de 1998, caso *Avensa*)⁷ y después, de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (sentencia de 19 de noviembre de 1998, caso *Omnivisión*). Este último fallo recayó, precisamente, en materia de *telecomunicaciones*, por lo que es conveniente transcribir el criterio ahí mantenido:

“... el legislador patrio, en atención a preceptos históricamente recogidos por nuestra Carta Magna durante la primera mitad del presente siglo, y que hoy se consagra en el ordinal 22 del artículo 136 de la Constitución de 1961, reserva a la competencia del Poder Nacional lo inherente a las telecomunicaciones. Así pues, la índole o naturaleza de servicio público de tales actividades, viene definida en la Ley de Telecomunicaciones publicada el 1° de agosto de 1940 en la Gaceta Oficial N° 20.248 (...) Del análisis del referido marco legal, podemos concluir que (...) Las transmisiones televisivas (...) constituyen, por definición constitucional y legal, un servicio público (...) El referido servicio está reservado al Poder Público Nacional (al Estado, según la Ley de la materia), y sólo puede ser explotado por los particulares mediante un régimen de permiso o concesión (...)

Al analizar situaciones similares, esta Corte ha expresado la improcedencia de reclamos fundamentados en el libre ejercicio de la actividad económica consagrado en la Carta Magna, cuando se trata de actividades que están reservadas al Estado (Ver, entre otras, sentencia de fecha 9 de abril de 1997, caso *Arnaldo González Sosa vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones*; y ello, por cuanto la limitación

⁷ El criterio mantenido en este fallo de la Sala Político-Administrativa fue el siguiente: “...las nociones de libertad económica y reserva al Estado no resultan excluyentes entre sí, lo que sucede es que, cuando existe una «reserva» en los términos señalados se afecta uno de los atributos de la libertad económica como lo es la posibilidad de libre concurrencia es decir, de acceder al ejercicio de la actividad. *Una vez levantada dicha limitación en virtud del otorgamiento de una concesión, nada autoriza a deducir que la libertad económica del sujeto así habilitado, haya sido destruida, y vaciada de contenido en forma general.* Ciertamente, no puede negarse que el ejercicio de una actividad reservada al Estado por parte de un concesionario normalmente viene asociada a un conjunto de regulaciones sobre la materia a las cuales debe ajustarse dicho ejercicio, pero, de la misma forma no puede desconocerse que tales limitaciones no son absolutas. En efecto, en cuanto constituye una limitación a derechos constitucionales, es necesario deducir que la reserva sólo afecta a los aspectos por ella regulados. *Esta circunstancia de coexistencia o vigencia de la libertad económica aún en el contexto de actividades reservadas no es extraña en nuestro ordenamiento jurídico, en el cual se da, por ejemplo, el caso de concesiones en materia de «telefonía celular» y la «explotación de la industria del fósforo» en las que se verifica la presencia de más de una empresa, capaces de competir entre sí, en base a las reglas que rigen el mercado, en la medida en que no sean contrarias al régimen de reserva ...» (destacado nuestro).*

legalmente desarrolladas con fundamento en la propia norma constitucional tiene tal alcance que impide la libre competencia y, más aún la libre escogencia de ese sector de actividad.

Más, debe precisar esta Corte, que ello no excluye, al menos no en el campo de las Telecomunicaciones, la posibilidad de que la actividad sea ejercida por particulares; pues como se reflejó en (...) algunos preceptos, la Ley de la materia habla del eventual permiso o concesión a los particulares.

En relación a estas consideraciones, resulta imperioso traer a colación el novedoso criterio asumido por la Sala Político-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 375 dictada el 18 de junio de 1998, en el caso Aerovías Venezolanas S.A., AVENSA (...)

.... Por todo ello, es forzoso concluir que las pautas anteriormente resumidas constituyen el desarrollo actual del marco conforme al cual se puede limitar la actividad económica, en esta materia especial de las comunicaciones televisivas; ya que, una vez que el particular obtiene la concesión por parte del Estado, puede efectuar dichas actividades, e incluso competir con otros concesionarios del ramo sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y las Leyes; y las que reglamentariamente establezca el Ejecutivo Nacional, gracias a la habilitación que le otorga la Ley de la materia al poder reglamentario... ”.

Este criterio jurisprudencial produjo una inflexión en lo que, hasta entonces, era el régimen jurídico de las telecomunicaciones, pues la reserva no suponía ya la exclusión de la libertad económica; antes por el contrario, una vez otorgada la concesión correspondiente, los concesionarios podrían explotar la actividad sin más limitaciones que las expresamente derivadas de la reserva. Si bien la sanción de la LOT impidió que este criterio pudiese afectar efectivamente el régimen jurídico de las telecomunicaciones, lo cierto es que obliga a matizar algunas de las interpretaciones que se han dado de la nueva Ley⁸.

⁸ Véase así el estudio de DÍAZ COLINA, MARY ELBA, “El régimen de la libre competencia en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, en *Revista de Derecho Administrativo número 8*, Caracas, 2000, pp. 231-232. Partiendo de la literalidad de este criterio jurisprudencial, puede afirmarse que la libre competencia *se encontraba vigente* bajo el régimen hoy derogado por la LOT.

b. La existencia de una relación jurídica de sujeción especial

*Consecuencia de las concesiones previstas en el régimen derogado de las telecomunicaciones, era la existencia de una relación contractual en la que la Administración ostentaba las más amplias potestades de dirección, control y limitación sobre la actividad del concesionario, quien carecía de cualquier autonomía en la explotación del servicio. De allí que la jurisprudencia entendió que el régimen jurídico de las telecomunicaciones, como actividades de titularidad pública, se caracterizaba por "...el ejercicio por parte de la Administración, precisamente en defensa del interés público, de incidentes poderes de regulación, dirección, vigilancia, inspección, control e intervención ..." y por la vinculación de los particulares a "... una indiscutible relación de sujeción especial respecto de la Administración concedente en todo lo concerniente a la actividad que desarrolla al prestar el servicio ..." (sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 13 de febrero de 1997, caso Venevisión). Según esta sentencia, los concesionarios se relacionaban con la Administración a través de una **relación especial de sujeción**, relación que quedaba "... sumida en todo un régimen jurídico especial de incidentes potestades de intervención notablemente más penetrantes que los que pudieran operar frente a un simple particular actuando en su condición ordinaria de ciudadano ... "*⁹.

⁹ Este fallo señalaba, además, que "... queda claramente manifiesto que en el desarrollo de su actividad, la sociedad mercantil accionante no se desenvuelve respecto a la Administración dentro del marco natural de relaciones ordinarias que se da entre ésta y cualquier administrado, no estando sometida como se ha visto a la simple prevalencia del interés general o colectivo en condiciones de normalidad, generalidad o igualdad, ni sumida a un genérico poder de imperio frente al que puedan ser invocadas -en toda su plenitud y contundencia- garantías como la reserva legal de tipificación que alega vulnerada por las disposiciones que impugna, pues al hacerlo olvida por completo que, muy contrariamente, su condición de concesionario para la prestación de un indiscutible servicio público la coloca en un plano razonablemente distinto y más precario al descrito, caracterizado por la existencia de una auténtica relación de sujeción especial frente a la administración a la que se vinculó voluntariamente al solicitar y obtener la concesión que hoy ejecuta, quedando así sumida en todo un régimen jurídico especial de incidentes potestades de intervención, notablemente más penetrantes que los que pudieran operar frente a un simple particular actuando en su condición ordinaria de ciudadano ...". La sentencia de la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, de 26 de marzo de 1993, caso *RCTV*, también se pronunció en este sentido, al señalar que, en virtud de la *reserva o publicatio* sobre la actividad, el concesionario queda obligado "... no sólo por las cláusulas contractuales, sino, y muy especialmente, a observar las limitaciones que unilateralmente el órgano público imponga reglamentariamente con la más estricta sujeción a la Ley y, en última instancia, a la Constitución...".

c. El régimen económico de las telecomunicaciones: la teoría del equilibrio económico financiero del contrato.

*Institución aneja a la concesión regulada en el régimen derogado, es la teoría del equilibrio económico financiero del contrato, teoría que garantizaba al concesionario el equilibrio del alea económica del contrato, tanto por situaciones imprevistas, como por el ejercicio de potestades administrativas con incidencia negativa sobre su patrimonio. Esta teoría no garantizaba, debemos aclarar, el lucro que podía obtener el concesionario, pues privaba aquí, en toda su extensión, el principio de riesgo y ventura. Pero lo cierto es que era éste un útil mecanismo que garantizaba la **integralidad patrimonial** del concesionario de telecomunicaciones¹⁰.*

d. La deslegalización del sector.

*Finalmente, y como toda actividad económica **pública**, el principio de legalidad que impide a la Administración afectar la esfera jurídico-subjetiva del particular sin previa habilitación legal específica, carecía de vigencia alguna o, cuando mucho, se encontraba severamente restringido. En efecto, la ordenación, limitación, supervisión y dirección de los servicios de telecomunicaciones que el concesionario explotaba, encontraban como fuente primaria de regulación el contrato de concesión, del cual derivaban amplias y variadas potestades de la Administración que, sin sujeción específica a la Ley, permitían a ésta afectar al particular co-contratante.*

¹⁰ Según expone RAFAEL BADELL, el fundamento de la teoría del *equilibrio económico* de los contratos administrativos –y dentro de éste, el contrato de concesión– se basa en la *equivalencia* que ha de existir entre las *potestades y prerrogativas* de la Administración y los *derechos* del co-contratante: "... resulta justo que entre los derechos y las obligaciones del Co-contratante exista una equivalencia honesta, de modo que el particular no sea indebidamente sacrificado en aras de una finalidad cuya atención corresponde prioritariamente a la administración pública..." ("La ejecución del contrato administrativo: teoría de la imprevisión, depreciación monetaria e inflación", en *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991, p. 65, así como en *Contratos Administrativos*, Cuadernos Jurídicos BADELL & GRAU número 5, Caracas, 1999, pp. 135 y siguientes). Véase también, sobre el tema, a BREWER-CARIAS, ALLAN, *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, pp. 185 y siguientes. En relación con la teoría del equilibrio económico en los contratos de concesión de telecomunicaciones, bajo la Ley de 1940, vid. ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Derecho de las Telecomunicaciones*, pp. 127 y siguientes.

B. Las telecomunicaciones como actividades de interés general que se prestan en régimen de libre competencia

Todas estas notas han cambiado en la LOT. Cambio, recalcamos, drástico, pues el principio sobre el que pivota la nueva ordenación es la **libertad económica**, consagrada en el artículo 112 constitucional. Veamos, en contraste con lo antes expuesto, las notas que identifican a las telecomunicaciones en la nueva Ley.

a. La vigencia de la libertad económica. El sometimiento de todas las actividades del sector a la libre competencia y su conformación como actividades de interés general

La LOT *derogó* la Ley de Telecomunicaciones de 1940 y, con ello, derogó también la *reserva* que dicha Ley contenía, lo que produce un importante efecto: las telecomunicaciones, antes actividades económicas públicas, pasan ahora a configurarse como actividades económicas privadas, en las que rige la libertad económica y la libre competencia, en los términos preceptuados en los artículos 112 y 113 de la Constitución. La LOT, por tanto, privatizó materialmente el sector de las telecomunicaciones. Esto produce dos importantes consecuencias.

En *primer lugar*, desde la entrada en vigencia de la LOT, y en un todo de acuerdo con el artículo 112 de la Constitución, todos los particulares tienen el derecho constitucional a dedicarse a cualquier actividad o servicio de telecomunicaciones, dejando a salvo, claro está, las propias excepciones que consagra la Ley. Posibilidad de acceder, en consecuencia, a *cualquier* servicio de telecomunicaciones. Ello supone, además, la vigencia absoluta del principio *favor libertatis* y, también, la necesidad de *interpretar restrictivamente* todas las normas de la LOT que deriven en *limitaciones* a ese derecho constitucional.

Además, y en *segundo lugar*, las telecomunicaciones se rigen por el principio de **libre competencia**, y en especial, por las normas de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Ley PROCOMPETENCIA)¹¹. La posibilidad antes aceptada por la jurisprudencia comentada tiene ahora un sólido respaldo legal. En todo caso, debemos

¹¹ Publicada en la *Gaceta Oficial* de 13 de enero de 1992, número 34.880.

hacer, en este punto, una reflexión adicional: en el Proyecto que originalmente elaborara CONATEL, expresamente se señalaba que las telecomunicaciones debían prestarse en *régimen de libre competencia*¹². La disposición, no obstante, sería *suprimida* en la aprobación definitiva de la Ley. En nuestra opinión, dicha omisión no apareja ninguna consecuencia pues la libre competencia *es inherente a la libertad económica*, derecho que pasa a regir con carácter general la explotación de telecomunicaciones. Asimismo, debe recordarse que la libre competencia es un *principio de valor constitucional*, consagrado como tal en los artículos 113 y 299 del Texto Fundamental. De allí que resulta siempre aplicable y vinculante, como regla general, a todas las actividades económicas.

Convendría subrayar, además, que la *libre competencia* que rige en el sector de las telecomunicaciones –así como en todas las actividades económicas privadas– no es una libertad absoluta, plena o perfecta. El concepto que da el artículo 3 de la Ley PROCOMPETENCIA es, en nuestra opinión, inexacto: en pocas actividades económicas los particulares tienen “completa libertad” para el ejercicio de actividades empresariales. La libre competencia, como bien jurídico tutelado por la Administración, no es, insistimos, una libertad perfecta. Como hemos señalado en otro lugar, estimamos que 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*, 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*. Como precisa la Constitución en su artículo 113, el Estado debe implementar condiciones *efectivas* –no perfectas– de competencia en la economía¹³.

¹² El artículo 5 del Proyecto elaborado por CONATEL establecía que “toda actividad de telecomunicaciones deberá ofrecerse bajo régimen de competencia, sin perjuicio de que sea sometida a obligaciones de servicio universal u otras especiales de conformidad con esta Ley”.

¹³ Según el artículo 3 de la Ley PROCOMPETENCIA hay libre competencia en actividades económicas cuando existen las condiciones necesarias para que cualquier 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. Sin embargo, 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*

Debemos destacar, además, que la LOT *calificó* a las telecomunicaciones como actividades *afectas* al interés general. El artículo 5 resulta, en este sentido, revelador:

“... El establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones se consideran *actividades de interés general*, para cuyo ejercicio se requerirá la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa y concesión de ser necesaria, en los casos y condiciones que establece la ley, los reglamentos y las Condiciones Generales que al efecto establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones ...” (destacado nuestro).

¿A qué se refiere el legislador cuando señala que las telecomunicaciones son *actividades de interés general*? Dejando a salvo la notable –y criticable– influencia del Derecho Comunitario Europeo¹⁴, creemos que el artículo 5 afirma que la nueva ordenación de las telecomunicaciones *no desconoce el interés general* presente en estas actividades, interés general que, en 1940, motivó su reserva al Estado. Distintas son las

Español de la Competencia, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 20 y 57-58). Nos remitimos a lo expuesto en nuestro artículo “Intervención administrativa y liberalización de servicios esenciales en Venezuela”, *Revista de Derecho Administrativo número 10*, Caracas, 2000 (en prensa). Un principio general rige, también, en el sector eléctrico, recientemente liberalizado en Venezuela, tal y como expusimos es “Reflexiones sobre la nueva ordenación del sector eléctrico Venezolano”, *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila número 1*, Caracas, 2000, pp. 191-193. En todo caso, como señala DÍAZ COLINA (“El régimen de la libre competencia en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”, cit., p. 232) una de las novedades más importantes de la nueva Ley, en el plano formal, es “... la entrada al servicio de telecomunicaciones al mundo del ‘nuevo servicio público’ o *servicio de interés general*, caracterizado por la participación de los particulares (...) en condiciones de libre competencia...”.

¹⁴ El artículo 86 del Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas, en su apartado segundo, hace referencia a los *servicios de interés económico general*, los cuales quedarán sometidos, como regla general, a las normas sobre libre competencia que el Tratado prescribe. Ese concepto ha sido introducido en el ordenamiento interno de los Estados miembros; destaca, así, el artículo 2 de la *Ley General de Telecomunicaciones* de España (Ley 11/1998), según el cual *las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia*. Es este un concepto amplio, ambiguo, plenamente justificable como tal en el contexto del Derecho Comunitario Europeo, pues en éste es preciso procurar la *armonización* de los distintos sistemas de Derecho Administrativo existentes en los Estados miembros. Pero esta imprecisión y ambigüedad no se justifica, en absoluto, en Venezuela. Es por ello que la LOT ha introducido, en su artículo 5, un concepto *novedoso* en Venezuela, que debe ser interpretado –para nosotros– según los principios tradicionales del sistema de Derecho Administrativo venezolano. De allí que el concepto a que alude el mencionado artículo 5 supone, por un lado, que las telecomunicaciones son actividades económicas que se desarrollan en ejercicio del derecho constitucional previsto en el artículo 112, y por el otro, que son actividades que afectan al *interés general*. Nos remitimos a lo que exponemos, con mayor detenimiento, en “Intervención administrativa y liberalización de servicios esenciales en Venezuela”, cit.

causas que erigen a las telecomunicaciones como *actividades de interés general*. Por un lado, encontramos la existencia de *necesidades colectivas* que las telecomunicaciones satisfacen; por el otro, la íntima y estrecha relación de las telecomunicaciones con los derechos fundamentales: en concreto, con el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información. Son estas las razones sobre las cuales la jurisprudencia *justificó* la reserva declarada en 1940¹⁵, y son también estas las razones por las cuales la jurisprudencia *justificó* el carácter orgánico de la nueva Ley¹⁶. Luego volveremos sobre este aspecto.

Las telecomunicaciones, en definitiva, se estructuran como actividades económicas privadas de interés general, que se prestan en régimen de libre competencia.

b. La autorización como instrumento de intervención pública

Si la reserva sobre todos los servicios de telecomunicaciones quedó derogada, no puede tener cabida, ya, el contrato administrativo de concesión. De allí que, para el acceso de nuevos operadores, la LOT exija como requisito previo la *autorización*. La exposición de motivos del Proyecto elaborado por CONATEL establecía, con gran claridad, que éstos *títulos habilitantes* tenían un carácter *declarativo*: la noción de habilitación administrativa que se asume en la presente Ley —conforme dispone la Exposición de Motivos— alude “... al acto mediante el cual se ‘levanta’ un obstáculo jurídico para el ejercicio de un derecho preexistente, la cual se diferencia conceptualmente de la figura de la “concesión”, -también usada en la Ley- pero para aludir al régimen propio de los bienes del dominio público asociados a las telecomunicaciones ...”. Reconocimiento expreso de la teoría que, en el siglo XIX, asumieron RANELLETI y MAYER acerca de la *autorización* como el *levantamiento del obstáculo que impide*

¹⁵ La sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 13 de febrero de 1997, caso *Venevisión*, señaló que la reserva sobre el sector partía de la necesidad de “custodiar que el ejercicio de la libertad de pensamiento se ejerza a cabo con absoluto respeto a los límites impuestos”.

¹⁶ La Comisión Legislativa Nacional decidió otorgar al Proyecto de Ley de Telecomunicaciones carácter orgánico, decisión que, de conformidad con el artículo 203 de la Constitución, fue sometida a consulta de la Sala Constitucional. En sentencia de 12 de junio de 2000, la Sala *confirmó* el carácter orgánico del Proyecto presentado, al considerar que éste desarrollaba “parcialmente derechos constitucionales a la comunicación y de acceso a la información, lo cual la hace válida en este respecto, aunque su carácter orgánico no dependa exclusivamente de las garantías que ofrece para tales derechos”.

el ejercicio de un *derecho preexistente*, derecho que en este caso no es otro que la *libertad económica*. Operó, de esa manera, una conversión de títulos (*conversio tituli*), pues la concesión es ahora sustituida por la *autorización*¹⁷.

Carácter declarativo de la autorización presente, con indiscutible claridad, en el Proyecto de Ley que originalmente que elaborara CONATEL¹⁸. Mas durante la discusión –por demás breve- del Proyecto ante la Comisión Legislativa Nacional, este carácter declarativo se difumina, pierde su identidad e, incluso, llega a confundirse con un pretendido carácter *constitutivo* de las *habilitaciones administrativas*. Ello ocurrió por la distinción contenida en el artículo 16 de la LOT –distinción nada ortodoxa- entre las *habilitaciones administrativas* y los llamados *atributos* de estas *habilitaciones*. La *habilitación administrativa*, según dispone esa norma, es el *título* que otorga la Administración para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones. Pero a continuación la norma dispone que “... *las actividades y*

¹⁷ Para JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA (*Derecho Administrativo especial*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, p. 321) “...al desaparecer la publicatio de actividades deja de tener sentido la concesión como título habilitante y, en su lugar (...) [se] acude a la técnica autorizatoria...”. Así también se pronuncia JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ (“La regulación económica en España”, en *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 237-238) al disponer que “... uno de los rasgos característicos del régimen con el que suele sustituirse a la *publicatio*, constituyendo incluso por sí mismo un elemento significativo de la *despublicatio* o de la ausencia de *publicatio*, es la sumisión al ejercicio de la actividad de que se trate, *in totum*, o en algunos de sus aspectos, a **previa autorización administrativa** (...) La autorización, si se emplean con el debido rigor los términos, es un acto administrativo de efectos declarativos y no constitutivos, en el sentido de que el derecho a ejercer o llevar a cabo la actividad que constituya su objeto no nace de ella, no es constituido ni generado por ella, sino que es propio del sujeto con anterioridad ...”. Además, véase a CARRASCO, ANGEL, y CORDERO, ENCARNACIÓN, “El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones”, en *Comentarios a la Ley General de la Telecomunicaciones*, Aranzadi, Madrid, pp. 271-278; LAGUNA DE PAZ, JUAN CARLOS, *Televisión y Competencia*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 29 y siguientes y MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio Público y Mercado*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1998, pp. 309-316. Asimismo, vid. los estudios de ALBI ALBI, JOAQUÍN y MESTRE DELGADO, FRANCISCO contenidos en la obra colectiva *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 67-69 y 47, respectivamente. Desde el Derecho Venezolano, vid. ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Derecho de las telecomunicaciones*, cit., pp. 213-214.

¹⁸ Disponía el artículo 16 de ese Proyecto que “...La *habilitación administrativa* es el título que otorga el Ejecutivo Nacional, por órgano de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones, a quienes hayan cumplido con los requisitos y condiciones que a tales fines establezca dicho órgano, de conformidad con esta Ley. Las actividades y servicios concretos que podrán prestarse bajo el amparo de una *habilitación administrativa* se denominarán atributos de la *habilitación administrativa*. En los casos en que se requiera el uso del espectro radioeléctrico el operador deberá obtener además la correspondiente concesión...”.

servicios concretos que podrán prestarse bajo el amparo de una habilitación administrativa se denominarán atributos de la habilitación administrativa, los cuales otorgan los derechos y deberes inherentes a la actividad para la cual ha sido habilitado el operador, de conformidad con lo establecido en los artículos 14 y 15 de esta Ley...

Es esta, insistimos, una distinción inusual. Equívoca, para ser precisos. Pues si la *habilitación* funge como *autorización* (que permite el ejercicio del derecho preexistente a la libertad económica), ¿cuál es la finalidad de estos *atributos* administrativos?. Atributos que —nótese bien— *otorgan derechos*, es decir, tienen carácter constitutivo. El artículo 16 rompe, de esa manera, con toda la teoría de las autorizaciones y concesiones en el Derecho Administrativo.

La reglamentación dictada en ejecución de esta norma no aclara mucho cuál es su sentido. Por el contrario, ésta se limita a *enumerar* los distintos *atributos* que la Administración puede *conceder* a los particulares a través de los títulos habilitantes. Se estructura, ciertamente, un *catálogo* de las actividades que *pueden* ser explotadas por los particulares¹⁹.

El régimen autorizatorio de la LOT —si es que cabe calificarlo como tal— tiene, en nuestra opinión, una clara vocación de *intervención* sobre el ejercicio de actividades de telecomunicaciones. Esta intervención, en sí misma, no es cuestionable; antes por el contrario, el interés general presente en el sector justifica plenamente que el *acceso* de nuevos operadores se someta a un control administrativo²⁰. Lo que cuestionamos es la *intensidad* de ese control y, sobre todo, su *finalidad*, pues la Administración tiene amplias potestades para *definir* qué actividades podrán explotar los particulares, todo ello a través de la figura de los “atributos” de las habilitaciones administrativas.

¹⁹ Véase, especialmente, el *Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico* (Decreto número 1.094 del 24 de Noviembre de 2000, publicado en *Gaceta Oficial* número 37.085 de esa fecha).

²⁰ Es usual en el Derecho Comparado que las autorizaciones requeridas para explotar servicios de telecomunicaciones supongan una *intensa intervención*, aunque, en todo caso, parten siempre del *reconocimiento de la libertad económica* como derecho preexistente. Sobre este particular, véase a ARIÑO SÁNCHEZ, RAFAEL, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL y ZAGO PAVESI, TIZIANA, *Autorizaciones y licencias en telecomunicaciones. Su regulación presente y futura*, Comares, Granada, 2000 y a NEBREA PÉREZ, JOAQUÍN, *Títulos habilitantes en el sector de las Telecomunicaciones*, Editorial La Ley, Madrid, 2000.

c. El régimen económico de las telecomunicaciones. La extensión de la responsabilidad extracontractual de la Administración

Si la explotación de actividades de telecomunicaciones no requiere previa concesión –exceptuando, por supuesto, la concesión de uso del espectro radioeléctrico- la teoría del equilibrio económico, como sistema de garantía del particular, no tiene ya aplicación alguna. Sí es aplicable, por el contrario, la teoría de la *responsabilidad patrimonial de la Administración* en sus dos vertientes, a saber, *responsabilidad por sacrificio particular* y *responsabilidad por funcionamiento anormal*. Pero lo anterior presenta *aristas* mucho más complejas. Nos referiremos tan sólo a dos aspectos, incidentalmente, que permitirán *estimar* la dimensión exacta de la *responsabilidad patrimonial* de la Administración en el contexto de la liberalización de las telecomunicaciones.

Responsabilidad derivada de los *daños y perjuicios ocasionados por los particulares con ocasión de la explotación de servicios de telecomunicaciones*. Es ese el primer aspecto que queremos resaltar. Sabido es que en el régimen tradicional, el *concesionario* era responsable frente a *terceros* por los *daños y perjuicios* producidos con ocasión de la concesión, lo que no excluía la responsabilidad de la Administración. Si la concesión desaparece en la LOT, cabe preguntarnos si la responsabilidad de la Administración es igualmente exigible. La doctrina ha respondido afirmativamente a esta cuestión. La responsabilidad –que encuadraría dentro del sistema de *funcionamiento anormal*- tendría como *causa imputable a la Administración* el *error* de ésta al *otorgar* el título habilitante que permitió al particular prestar el servicio. Responsabilidad por *culpa in eligendo*. Ello exige, en todo caso, que este error supere el *standard* de funcionamiento normal, que sea imputable a la Administración y que, además, ocasione un daño cierto, real, económicamente ponderable²¹.

Segundo aspecto. La Administración –luego nos referiremos en extenso a esta posibilidad- *impone* al particular una “*obligación de servicio universal*” o una *obligación de servicio público*. Imposición, en

²¹ Cfr.: MAGIDE HERRERO, MARIANO, “El criterio de imputación de la responsabilidad *in vigilando* a la Administración; especial referencia a la responsabilidad de la Administración en su actividad de supervisión de sectores económicos”, en *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos, III Coloquio hispano-luso de Derecho Administrativo*, obra colectiva coordinada por CALOGNE VELÁZQUEZ, ANTONIO y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, JOSÉ LUIS, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 373-397.

definitiva, de *cargas obligatorias*. Pero la *obligación* del particular reside sólo en el *deber de cumplir* con la *obligación impuesta*; no se extiende, por tanto, al *deber* de soportar los *perjuicios* que tales cargas ocasionen, siempre y cuando ello suponga un sacrificio particular. Lo anterior encaja perfectamente en la teoría de la *responsabilidad patrimonial derivada de actos administrativos lícitos*. Responsabilidad exigible siempre, recalcamos, que exista un *sacrificio particular*. Mas la LOT otorga, en este sentido, una solución un tanto distinta: la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por las *obligaciones de servicio universal* se cubrirá *a través de un fondo privado*, el llamado *fondo de servicio universal*. ¿Este sistema *excluye* la responsabilidad patrimonial de la Administración?. Creemos que no. Esta responsabilidad tiene su origen en la Constitución, por lo que no puede el Legislador *excluirla*, a través de mecanismos como el llamado *fondo de servicio universal*²².

d. La legalización del sector y el impetu deslegalizador de la nueva Ley

La derogación de la reserva que contenía la Ley de 1940 supone, lo hemos señalado ya, la vigencia *plena* del derecho constitucional a la libertad económica en los términos consagrados en el artículo 112 de la Constitución. Por tanto, el derecho de *todos* los particulares a explotar *cualquier servicio de telecomunicación* sólo puede ser *afectado* por actos con rango y fuerza de Ley. Exigencia de Ley —así lo impone la Constitución— para restringir el ejercicio de la libertad económica en el sector de las telecomunicaciones. Hay, por tanto, una “vuelta a la legalidad”. Se ha sostenido, así, que la liberalización de “servicios públicos” a través de la derogación de la *reserva* (que es lo que efectúa precisamente la LOT) hace necesario dotar “... de una habilitación legal expresa para cualquier tipo de intervención regulatoria sobre la actividad ...”, lo cual es exigencia “... de la seguridad jurídica, del principio de legalidad y de la interdicción de la arbitrariedad ...”²³.

²² Sobre la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, a partir de la nueva Constitución, véase a ORTIZ-ALVAREZ, LUIS, “La Responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la Constitución de Venezuela de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional número 1*, Caracas, 1999, pp. 267-312.

²³ Cfr.: SÁNCHEZ BUSTAMANTE, ALEJANDRO, “El derecho de acceso de terceros a las redes eléctricas”, en *Regulación sectorial y competencia*, Madrid, 1999, p. 198. La opinión, si bien se sitúa dentro del sector eléctrico, es perfectamente extensible a la liberalización del sector de las telecomunicaciones.

Las telecomunicaciones son entonces actividades económicas *privadas* cuya *regulación* es, conforme el artículo 112, materia *reservada a la Ley*. Mas esa reserva no excluye el concurso del reglamento, tal y como recordara la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 6 de marzo de 1997, caso *Pinco Pittsburgh*, al indicar que "... la reserva legal en materia de limitaciones de las libertades públicas, y en especial, en lo relativo a las limitaciones al derecho de libertad económica, resulta atemperada, sin embargo, por razones de técnica legislativa...". Atemperamiento del principio de legalidad administrativa y reconocimiento de poderes normativos amplios a la Administración económica: principios que, curiosamente, han sido *notablemente* incrementados a consecuencia de la liberalización de determinados sectores de la economía, como es el caso de las telecomunicaciones. Pero siempre es necesario que la *limitación* a la libertad económica se encuentre *establecida* en la *Ley*, como ha confirmado recientemente la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 27 de abril de 2000, caso *Asociación de Trabajadores del Banco de Venezuela*.

La LOT no es ajena a estos principios. Por el contrario, se constatan en ellas distintas remisiones a favor del reglamento. Remisiones que, sin embargo, no respetan siempre los *límites* generales que a la potestad reglamentaria fijó la sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno, de 2 de julio de 1996, caso *V. Rodríguez*. Conforme este fallo, el legislador puede permitir al Ejecutivo desarrollar y completar normativamente ciertos aspectos de la reserva legal, *siempre y cuando se establezcan los parámetros básicos dentro de los cuales la potestad reglamentaria debe conducirse*. Empero, la LOT, al *remite* al reglamento el desarrollo de distintas materias, no siempre enuncia los *principios básicos* que debe seguir la Administración. Sucede así con el artículo 5, que remite al reglamento la imposición de limitaciones a la libertad económica y con el artículo 14, que delega en el reglamento el establecimiento de los derechos de los operadores de telecomunicaciones (ignorando que tal derecho deriva del artículo 112 de la Constitución). Además, la Ley carece de cualquier regulación material acerca de los requisitos necesarios para obtener los títulos habilitantes, lo que se traduce, también, en una amplia habilitación a favor del reglamento. Igualmente, el artículo 211 remite al reglamento —sin mayor precisión— la regulación de la apertura del mercado de las telecomunicaciones. Así también ocurre en materia tributaria, desde que los artículos 144, 149 y 153 delegan en la Administración la

fijación de la alícuota de los tributos regulados en tales normas. La LOT contiene, por tanto, reiteradas y amplias remisiones genéricas a favor del reglamento, lo que menoscaba el principio de legalidad y la reserva legal sobre la libertad económica.

II. LA NEO-REGULACIÓN EN LAS TELECOMUNICACIONES. ALGUNAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA NUEVA ORDENACIÓN

A. Una nota sobre la neo-regulación

Luego de su liberalización las actividades de telecomunicaciones -como ha destacado la doctrina- se caracterizan por (i) estar altamente regladas; (ii) sujetas a la actuación de técnicas afines a la “policía administrativa”; (iii) con aplicación del régimen de concesiones, en ciertas actividades; (iv) con imposición de obligaciones de servicio público, e incluso (v) con limitaciones en cuanto a los operadores que pueden intervenir en el mercado²⁴. La liberalización no implica *ausencia de regulación*; supone, muy por el contrario, la existencia de una *regulación*, aunque con una orientación muy distinta a la *regulación tradicional* de los “servicios públicos”. Veamos, de inmediato, cuáles son las *características* de esta “nueva regulación”.

El primer término que debemos tener en cuenta es *regulación*. Concepto multívoco, alude a supuestos muy diferentes. Pueden englobarse, en él, todas las limitaciones al ejercicio de la iniciativa económica privada, con independencia de su naturaleza jurídica y de su forma de manifestación. Lo relevante es, entonces, el efecto que esa regulación produce: la ordenación de la actividad económica bajo determinados parámetros. Ahora bien, esta ordenación pública tiene, en no pocas ocasiones, efectos *colaterales* que perjudican al mercado. Por ello, en el campo de la *regulación económica* surge el denominado “*riesgo regulatorio*”, pues la regulación, en vez de *ordenar* el ejercicio de determinada actividad, produce sobre ésta efectos nocivos. Siguiendo a ARIÑO y DE LA CUÉTARA, pueden identificarse, como manifestaciones del *riesgo regulatorio*, la ambigüedad asociada a toda regulación económica que produce incertidumbre jurídica. La regulación es, además, mutable e inestable. Igualmente, los

²⁴ Sobre estas características, vid. CARRASCO, ANGEL, y CORDERO, ENCARNA, “El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones”, en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, Madrid, 1999, pp. 271-354.

entes reguladores abusan de las potestades discrecionales que comúnmente reconocidas por el ordenamiento jurídico, lo que incentiva la *inseguridad jurídica* derivada de esta regulación²⁵.

De esa manera, la regulación económica, cuando es desplegada por los Poderes Públicos para *sustituir* a la iniciativa privada, reduciendo todo ámbito de *libertad*, tiende a producir efectos *nocivos*, principalmente, al afectar la *eficiencia* en la explotación de actividades económicas: los *objetivos* a perseguir por la empresa privada, los *medios* necesarios para ello, las *inversiones* requeridas para la explotación de la actividad, los *contratos* que deben suscribirse, así como la *remuneración* o *beneficio económico* a obtener, quedan sometidos enteramente a la regulación pública. Esa era la situación, precisamente, de las telecomunicaciones bajo la legislación dictada en 1940, pues la iniciativa privada carecía, por completo, de *libertad*. Dos ejemplos muy concretos nos permiten ilustrar lo precedentemente expuesto. Bajo el régimen hoy derogado, la Administración controlaba la *remuneración* de los concesionarios de telecomunicaciones, remuneración que comprendía el *lucro* que el particular obtenía. No había, por tanto, *incentivo* por parte del operador para incrementar la *eficiencia* en la prestación de su actividad, en procura de mayores beneficios económicos. Vayamos al segundo ejemplo: bajo el régimen concesional, como es sabido, la Administración puede *revertir* los bienes anexos a la concesión una vez extinguida ésta, lo que desestimula las inversiones que el particular puede efectuar en la última etapa de la concesión, al conocer que tales inversiones serán revertidas al Estado, probablemente, sin ocasión para amortizarlas adecuadamente²⁶.

La necesidad de modificar el esquema regulatorio cuenta por diversas razones. Por ello, la liberalización de actividades económicas sometidas a una regulación tradicional, como es el caso de las telecomu-

²⁵ Véase el tratamiento que, sobre este tema, desarrollan ARIÑO ORTIZ, GASPAR y DE LA CUÉTARA, JUAN MIGUEL en "Algunas ideas básicas sobre la regulación de sectores estratégicos", *Cuadernos de Derecho Público* número 9, INAP, Madrid, 2000, pp. 9-26.

²⁶ El ejemplo que hemos dado acerca de las *tarifas* en las telecomunicaciones, y su efecto nocivo sobre la eficiencia, fue objeto de estudio por LITTLECHILD, quien aportó una interesante solución, a través de la fórmula "RPI-X". El incremento de las tarifas se efectúa según el incremento del índice de precios al consumo (RPI), el cual se minorará en atención al factor "X", que refleja un parámetro de eficiencia fijado por la Agencia Reguladora. Con ello, se estimulaba que las empresas reguladas mantuvieran el nivel de eficiencia reflejado en el factor "X", para la obtención de mayores beneficios. Sobre esta teoría vid. VILLAR ROJAS, FRANCISCO, *Privatización de Servicios Públicos*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 162-164.

nicaciones, ha permitido el surgimiento de una *nueva regulación*, esto es, una *neo-regulación* o *re-regulación*. Lo que debe indagarse es qué motivos *justifican* la *regulación* de las telecomunicaciones.

Podemos identificar *tres razones* que respaldan la concepción de las telecomunicaciones como actividades reguladas. En *primer lugar*, razones *técnicas* aconsejan la intervención de los Poderes Públicos en este sector. Así, las telecomunicaciones son servicios cuya prestación requiere el uso de *infraestructuras de red*, a saber, las llamadas *vías de telecomunicaciones*. La existencia de esta red *propende* a la configuración del sector como un *monopolio natural*, pues el uso necesario de las redes de telecomunicaciones impide la *libre concurrencia* de operadores, requiriéndose, por tanto, la intervención de los Poderes Públicos a fin de *ordenar* el ejercicio de esta infraestructura. En *segundo lugar*, la intervención del Estado en el sector es necesaria a fin de *tutelar el uso de un bien del dominio público* como es el espectro radioeléctrico, cuya explotación es indispensable para el ejercicio de determinados servicios de telecomunicaciones. No se olvide que, precisamente, es en el *origen demanial* donde suelen encontrarse los fundamentos de las potestades públicas de intervención en la economía. Finalmente, y en *tercer lugar*, los Poderes Públicos deben intervenir en las telecomunicaciones a fin de proteger los *diversos derechos fundamentales* involucrados en este sector.

Las telecomunicaciones, efectivamente, están conectadas con distintos derechos constitucionales. Destaca, así, el artículo 57 de la Constitución, que reconoce a toda persona el derecho a "... expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura ...". El derecho de expresión se ejerce, precisamente, a través de servicios de telecomunicaciones, como es el caso de los servicios de difusión. Junto a este derecho, el artículo 58 constitucional establece que "... la comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la Ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral ...".

La existencia de esos dos derechos constitucionales exige la participación del Estado en las actividades de telecomunicaciones, conforme los títulos competenciales previstos en la Constitución. En general, el Estado debe promover y garantizar los derechos consagrados en ésta, incluyendo los derechos a la libertad de expresión y a la información (cfr.: artículo 3 constitucional). Hay, por tanto, la *obligación positiva* del Estado de *proteger y facilitar* el ejercicio de estos derechos constitucionales, que se erigen como *derechos fundamentales de contenido prestacional*. Además, la intervención del Estado encuentra especial regulación en el artículo 108 constitucional, conforme al cual:

“... los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadana. El Estado garantizará servicios públicos de radio, televisión y redes de biblioteca y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información ...”.

Es esta una disposición novedosa, que afianza la intervención que *necesariamente* tienen que desplegar los Poderes Públicos en las telecomunicaciones. El Estado debe *garantizar* servicios públicos de radio y televisión –esto es, servicios de difusión- a fin de permitir *el acceso universal a la información*. Garantía pública de la universalidad de la información. No precisa la norma a través de qué instrumentos debe materializarse esta obligación de garantía; es, en definitiva, una opción que compete al Poder Legislativo, dentro de la libertad de configuración del ordenamiento jurídico que a éste órgano reconoce la Constitución. Lo importante, la obligación inexcusable, es que el Estado ha de garantizar la prestación universal de los servicios de difusión.

Se desprende de lo anterior la *necesaria* intervención del Estado a fin de salvaguardar la efectiva prestación del derecho de expresión, del derecho de información y, también, a fin de garantizar la universalidad de los servicios de difusión. Pero además, el servicio de telefonía básica es parte de los *servicios básicos esenciales* que, de conformidad con el artículo 82 constitucional, debe igualmente garantizar el Estado.

La liberalización no puede desconocer la intervención que *necesariamente* tiene que desplegar el Estado de conformidad con los artículos 57, 58, 82 y 108 de la Constitución. Intervención del Estado que se afianza en virtud de la cláusula del Estado social que la Constitución incorpora

en su artículo 1, y de la cual derivan *obligaciones positivas* de los Poderes Públicos dirigidas a garantizar la adecuada atención de los derechos fundamentales prestacionales. Todo esto, en definitiva, justifica la regulación de las telecomunicaciones.

Regulación que, sin embargo, se plantea en atención a principios del todo *distintos* a los que informaron la regulación tradicional. La intención de la LOT es, en este sentido, garantizar la adecuada satisfacción de estos derechos fundamentales, respetando la libertad económica y la libre competencia. La *neo-regulación* es, de esa manera, una *regulación conforme al mercado*, una *regulación acorde con el principio de libre competencia*. Regulación económica que, en definitiva, respeta, afianza y estimula el derecho constitucional a la libertad económica, diferente por tanto a la *regulación tradicional*, que sustituía la libre iniciativa privada y eliminaba la competencia efectiva.

Esta *neo-regulación* de las telecomunicaciones estará orientada, de esta manera, a dos objetivos centrales. El primero de ellos, la *implementación y protección de la libre competencia*. La tutela del mercado, como refiere SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, exige muchas veces la intensa intervención de los Poderes Públicos. Pero además, esta neo-regulación se manifiesta a través de *técnicas de limitación de la iniciativa privada*, destinadas, principalmente, a proteger la adecuada satisfacción de los derechos fundamentales asociados a las telecomunicaciones²⁷.

²⁷ Para lo aquí expuesto y con carácter general, vid. ARIÑO ORTIZ, GASPAR, "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico", *El nuevo servicio público*, cit., pp. 25-48; DE LA CRUZ FERRER, JUAN, "Regulación, Desregulación y neo-regulación", 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, pp. 347-385; DE LA QUADRA SALCEDO, TOMÁS, *Liberalización de las Telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 67-70; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, "La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años", en *Revista de Administración Pública número 150*, Madrid, 1999, pp. 247-274 y MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio Público y mercado, Tomo 1, Los Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 225-324. La doctrina venezolana se ha pronunciado sobre la *compatibilidad* entre la *libre competencia* y las técnicas de actuación indirecta del Estado en la economía. Con un planteamiento general, véase a PESCI-FELTRI SCASSELLATI, FLAVIA, "La libre competencia en el desarrollo de la intervención estatal en la economía", en *Revista de Derecho Administrativo número 3*, Caracas, 1998, pp. 217-243. En el concreto tema de los servicios de telecomunicaciones, véase a ARAUJO JUAREZ, JOSÉ, *Derecho de Telecomunicaciones*, cit., pp. 212-213. MARY ELBA DÍAZ COLINA ("El régimen de la Libre Competencia en la Ley Orgánica de las Telecomunicaciones", cit., pp. 234) expresa, al analizar la LOT, que a diferencia del régimen derogado, ésta "... representa el soporte legal de la apertura de las telecomunicaciones en nuestro país...". Véase también el estudio que, sobre la reciente liberalización de servicios esenciales, hemos formulado en "Intervención administrativa y liberalización de servicios esenciales en Venezuela", cit.

B. La neo-regulación para fomentar la libre competencia

La intención de la LOT es fomentar y proteger la libre competencia en el sector. Dos intenciones, acotamos, muy distintas. Así, para *fomentar* la libre competencia, la Ley implementa una regulación cuyo objetivo es, precisamente, facilitar la concurrencia de operadores. Por el contrario, para *proteger* la libre competencia, hay en la Ley principios que *sancionan* las prácticas anticompetitivas, que han de concordarse con la legislación especial en la materia. Nuestro interés se centrará, exclusivamente, en los principios que la LOT recoge a fin de *fomentar* la libre competencia en las telecomunicaciones, especialmente, la llamada *Oferta de Red Abierta* (ORA)²⁸.

a. Las vías de telecomunicaciones como recurso escaso y la Oferta de Red Abierta

Hemos señalado ya que las telecomunicaciones dependen, para su desarrollo, del uso de una *infraestructura de red*, esto es, las *vías de telecomunicaciones*, consideradas en la LOT un *recurso escaso*. Los operadores de telecomunicaciones requieren, por lo general, el uso de *vías de telecomunicaciones* para poder prestar servicios. Sin embargo, estas vías no pueden ser utilizadas indiscriminadamente; por el contrario, sólo un número *restringido* de operadores puede acceder a ella. Además, la *construcción* de nuevas redes se encuentra sujeta a distintos obstáculos, que dificultan su ampliación.

Es por ello que los servicios de telecomunicaciones se han considerado tradicionalmente un *monopolio natural*, pues éstos se prestarán con mayor eficiencia mientras menor sea el número de operadores que concurren en la actividad. Sobre la base de esta característica, las telecomunicaciones —en Venezuela, como en otros muchos países— fueron *reservadas al Estado*, al estimarse que eran actividades que por su propia naturaleza tendían al monopolio. Es conveniente recordar que la

La influencia del derecho anglosajón en esta materia es evidente. Precisamente, fue en la década de los ochenta cuando, en el Reino Unido, se comenzó a implementar el modelo de *regulación competitiva* en los sectores económicos sujetos a una *intensa regulación pública* (los llamados *public utilities*). Por todos, véanse los distintos estudios contenidos en McCrudden, Christopher (edítor), *Regulation and Deregulation*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

²⁸ Sobre las prácticas anticompetitivas en el sector, vid. Díaz Colina, Mary Elba, “El régimen de la libre competencia...”, cit., pp. 236-244.

Constitución de Venezuela –siguiendo a la Constitución de Italia– al tratar la *reserva* de servicios y actividades, establece como una de las causas que pueden legitimar tal reserva, la existencia de *monopolios*. Sin embargo, la reciente evolución de las telecomunicaciones ha demostrado que una adecuada *regulación* puede *promover* la competencia, a través de la ordenación de un *estatuto de red*, esto es, un conjunto de normas que *ordenen* el uso de la infraestructura de red, con la finalidad de *promover la concurrencia de operadores*. Esto es, una *neo-regulación* de las vías de telecomunicaciones, cuyas notas distintivas son (i) la gestión autónoma de la red y (ii) el fomento del acceso de terceros a la red, condición indispensable para asegurar la libre competencia. Como bien expresó CONATEL, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Telecomunicaciones “... el desarrollo tecnológico y el abaratamiento de los costos ha supuesto desde el punto de vista normativo el abandono del binomio señalado (monopolio natural – reserva al Estado), por mecanismos que permiten a este último cumplir sus cometidos sociales ...”²⁹.

Las redes o vías de telecomunicaciones *afectan* la libre competencia, por lo que requieren una adecuada regulación. Es esa la intención última de la *Oferta de Red Abierta* (ORA), que parte de la necesidad de *garantizar* el libre acceso de todos los operadores a la red y el uso de ésta, en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias. En todo caso, es conveniente efectuar una distinción, derivada del artículo 6 de la LOT. El *establecimiento* o *explotación* de redes de telecomunica-

²⁹ Las telecomunicaciones son consideradas como un sector económico infraestructural, término definido por DE LA CUÉTARA (“Sobre las infraestructuras en red”, en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red [REDETI] número 1*, Madrid, 1998, pp. 19-25) como las “... actividades que requieren un soporte subyacente, sólido, territorial, físico, que constituya a su vez la ‘infraestructura material’ de las empresas que en ellos actúan...”. Como aclara ARAUJO JUÁREZ (*Derecho de las Telecomunicaciones*, cit., p. 19) las “... infraestructuras de telecomunicación son predominantemente materiales o físicas (cables, canalizaciones, edificios, torres, planta externa, etc.), aunque incluyen también algunos componentes inmateriales (derecho de uso del espectro radioeléctrico)...”. Aclaremos que, en este estudio, nos referimos a un concepto *estricto* de infraestructuras, a saber, las llamadas *vías de telecomunicación*, que son *redes* materiales o físicas. Ahora bien, ha señalado JUAN DE LA CRUZ FERRER (“Nuevas perspectivas en la regulación de las infraestructuras”, en *REDETI número 7*, Madrid, 1999, pp. 11-55) que la regulación tradicional de las infraestructuras de red se basaba en la teoría del monopolio natural y en los fallos del mercado, lo que justificaba la intervención de los Poderes Públicos. Sin embargo, en la actualidad ha surgido una nueva regulación –inspirada en la liberalización de las telecomunicaciones, energía y transportes desarrollada en el Reino Unido y en Estados Unidos– que se fundamenta, principalmente, en la separación de la gestión de la infraestructura, y la introducción de la libre competencia mediante el fomento de la iniciativa empresarial privada. Surge entonces el llamado *estatuto de red*, cuyas notas, ya definidas, han sido esbozadas por ARIÑO ORTIZ, GASPAR, “Significado actual de la noción del servicio público”, cit., p. 31.

ciones puede hacerse con dos finalidades: para satisfacer necesidades propias del propietario o gestor de la red (autoprestación) o para satisfacer necesidades de terceras personas. Sólo éstas redes, acotamos, quedan sometidas a los principios de la ORA, es decir, al *estatuto de la red*. Por ello, las redes de telecomunicación destinadas a *autoprestación* no estarán sometidas al conjunto de cargas, derechos y deberes asociados a las “redes públicas de telecomunicación”.

b. El derecho de acceso a las vías generales de telecomunicaciones

El primer instrumento de la ORA es el *derecho de acceso a las vías generales de telecomunicaciones*. Todos los operadores del sector tienen el *derecho a usar las vías de telecomunicaciones* de los otros operadores, a fin de prestar sus servicios, esto es, el principio de *acceso de terceros a las redes* (ATR). La LOT ha recogido este principio bajo el enunciado del “*derecho a la vía*”, cuyas notas generales son la *objetividad, publicidad, igualdad y no discriminación*³⁰.

Dispone el artículo 126 de la LOT que toda persona que de manera exclusiva o predominante posea o controle una vía general de telecomunicaciones, deberá permitir el acceso o utilización de la misma por parte de los operadores de telecomunicaciones que se lo soliciten, *cuando su sustitución no sea factible por razones físicas, jurídicas, económicas, técnicas, ambientales, de seguridad o de operación*. A los efectos de la norma, se entenderá por vías generales de telecomunicaciones “los elementos que permiten emplazar los medios físicos necesarios para la prestación de servicios de telecomunicaciones, de conformidad con lo previsto en el reglamento respectivo”.

Nótese que se trata de un *derecho de los operadores*, en cuya virtud éstos podrán “hacer uso de las vías generales de telecomunicaciones existentes”. Se trata, por tanto, de un *derecho de uso* sobre determinado *bien*, como son las vías de telecomunicaciones. Pero además, es una *carga para los propietarios o gestores de las vías de telecomunicaciones*, pues éstos deben permitir, salvo las excepciones que la norma prevé, el *uso* de estos bienes por terceras personas. Es, por tanto, una verdadera *limitación* al derecho de propiedad sobre las redes, cuya aplicación, como

³⁰ En este sentido, vid. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio Público y Mercado. Tomo II. Las Telecomunicaciones*, cit., pp. 80 y siguientes.

aclara el segundo párrafo del artículo 128, “no deberá afectar irracionalmente el libre uso de la misma por parte de quien la posea o controle, causarle daños a las instalaciones de éste o afectar la continuidad y calidad de su servicio”. Sin embargo, la LOT condiciona el ejercicio de este derecho a parámetros nada claros, que pueden menoscabar la efectividad de esta figura. En efecto, el derecho de uso de las vías de telecomunicaciones no es absoluto, sino limitado: sólo podrá ejercerse si la sustitución de la vía “no es factible”. Ahora bien, las redes de telecomunicaciones *siempre podrán* sustituirse, pues los operadores pueden construir nuevas redes; por tanto, su sustitución *siempre es factible*. No obstante, esta posibilidad, en la práctica, es bastante limitada. De allí la necesidad de interpretar el término “factible” en el sentido *más favorable* al ejercicio del “derecho a la vía”.

Interesa destacar, finalmente, que en la instrumentación de este derecho rige el principio de *autonomía privada de las partes*, pues corresponde a los operadores interesados pactar las condiciones bajo las cuales este derecho se ejercerá, así como la remuneración que por ello corresponda, tal y como postula el artículo 128 de la Ley. Sólo en caso que ese acuerdo no se logre —bien por negativa expresa, bien por silencio de alguna de las partes en cuanto a la solicitud de ejercicio del derecho de vía— CONATEL podrá *imponer* el ejercicio de este derecho, a través de un procedimiento *cuasijurisdiccional*, regulado en el artículo 129.

c. La interconexión

El derecho a la vía, según lo antes expuesto, involucra a dos sujetos: por un lado, operador de telecomunicaciones *propietario* de la red o, en todo caso, el operador que gestione o controle tal bien; por el otro, al operador de telecomunicaciones que no es propietario ni posee una red. Sucede, sin embargo, que el propietario o gestor de una red, para poder prestar los servicios de telecomunicación, requiere *usar* las redes de otros operadores. Es en este supuesto en el que tiene aplicación el principio de *interconexión*.

Así, la interconexión se refiere al derecho de los operadores *propietarios de vías de telecomunicación a interconectar* esas redes con otras, según se deriva del artículo 130 de la LOT, conforme al cual los operadores de redes de telecomunicaciones *tienen la obligación de*

interconectarse con otras redes de telecomunicaciones con el objetivo de establecer, entre los usuarios de sus servicios, comunicaciones interoperativas y continuas en el tiempo. Si bien la redacción de la norma es un tanto confusa, deriva de ella la *obligación* de los operadores de *permitir* la interconexión de redes³¹.

Pero es éste un derecho limitado, ya que el artículo 137 de la LOT establece que la interconexión entre redes de telecomunicaciones deberá ser efectuada *sin menoscabar los servicios y calidad originalmente proporcionado*, de forma tal que se cumplan los programas y planes dictados por CONATEL. El artículo precisa, además, que la interconexión se realizará de acuerdo a los principios de neutralidad, buena fe, no discriminación, e igualdad de acceso entre operadores, “conforme a los términos establecidos en esta Ley, sus reglamentos y demás normas aplicables”.

De nuevo rige, en esta materia, el principio de *autonomía de la voluntad de las partes*, quienes definirán los términos en los cuales se ejercerá la interconexión. La Administración sólo podrá intervenir ante

³¹ Como señala RODRIGUEZ ILLERA (“La regulación de la interconexión en los mercados de Telecomunicaciones liberalizados”, en *La liberalización de las Telecomunicaciones en un mundo global*, coordinada CREMADES, JAVIER y MAYOR MENÉNDEZ, PABLO, La Ley, Madrid, 1999, p. 236) “... la introducción de competencia efectiva en los mercados de las Telecomunicaciones se ha visto con frecuencia dificultada por la existencia de barreras de entrada de nuevos agentes en el mercado, barreras cuyo efecto es bien el de limitar el número de agentes en el mercado, bien el de hacerles incurrir en costes distintos a los de los operadores ya posicionados ...”. Una de tales barreras deriva, precisamente, de las redes de telecomunicaciones, y la interconexión es, de esa manera, instrumento que permite sortear tales barreras. Esa figura alude por lo general a tres ideas: el intercambio de comunicaciones entre abonados de redes diferentes; la prestación de servicios de un operador a los abonados a una red de telecomunicaciones operada por otro agente, y la utilización de redes de otras personas. Este último concepto se corresponde con el derecho de acceso a las vías, por lo que reduciríamos el término interconexión a los dos primeros supuestos mencionados. Vid. también a CARRASCO, ANGEL y MENDOZA, ANA, “Interconexión y acceso a redes”, en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, Madrid, pp. 461-541 y RODRIGUEZ ILLERA, RENALDO, y VICENTE LÓPEZ-IBOR MAYOR, “Comentario”, en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, coordinada por DE LA QUADRA SALCEDO, TOMÁS y GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, cit., pp. 150-161.

En Venezuela, es obligatoria la remisión al completo estudio de CÁRDENAS CÁRDENAS, GILBERTO, “Régimen jurídico de la interconexión de redes de telecomunicaciones en España”, en *Revista de Derecho Administrativo número 8*, Caracas, 2000, pp. 97 y siguientes. Véanse asimismo el *Reglamento de Interconexión de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones* (Decreto número 1.093 del 24 de Noviembre de 2000, publicado en Gaceta Oficial número 37.085 de esa fecha) y el *Reglamento de Apertura de los Servicios de Telefonía Básica* (Decreto número 1.095 del 24 de Noviembre de 2000, publicado en Gaceta Oficial número 37.085 de esa fecha). Bajo la vigencia de la Ley de Telecomunicaciones de 1940 se reguló la interconexión de la “Red Básica de Telecomunicaciones” a fin de facilitar la entrada de operadores. Esta regulación —mucho más clara que la hoy vigente— se basaba en la obligación impuesta a todo operador de una “Red Básica de Telecomunicaciones” de “proveer facilidades de interconexión a su Red Básica de Telecomunicaciones a los otros operadores de servicios”. Cf.: ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Derecho de Telecomunicaciones*, cit., pp. 153-179.

ausencia o falta de la libre voluntad de los operadores, o cuando éstos no puedan llegar a acuerdos sobre las condiciones y términos de la interconexión, tal y como se desprende del artículo 133, el cual *restringe* las potestades de CONATEL, al señalar que la actuación de dicha Comisión “deberá ser la estrictamente necesaria para proteger los intereses de los usuarios”. Además, y de conformidad con el artículo 135, corresponde a la Administración *resolver las controversias que se planteen sobre los acuerdos de interconexión*. Se trata, indudablemente, del reconocimiento de potestades jurisdiccionales a la Administración, que resultan, para nosotros, enteramente criticables. Más aún cuando, de conformidad con el artículo 142, las partes *deberán someter* a la CONATEL la resolución de los conflictos que se planteen. Esta norma, interpretada literalmente, viola el derecho constitucional a la *tutela judicial efectiva*, previsto en el artículo 26 constitucional, desde que veda el acceso directo a la justicia. Interpretación que, como tal, es descartable. En caso de conflicto, los particulares siempre podrán acceder a los órganos de justicia. Es esa, para nosotros, la interpretación que debe darse al artículo comentado.

d. Algunas precisiones sobre la ORA y la libre competencia

En el *Informe de Políticas Públicas en el Sector de las Telecomunicaciones*, elaborado por PROCOMPETENCIA, se hizo énfasis en el estatuto de la red que debía informar la apertura a la competencia del sector. Especialmente, en el informe se llama la atención sobre la *interconexión*, al disponer que “... para introducir la competencia en el sector de las telecomunicaciones es necesario asegurar la interconexión a la red a otros operadores, porque no tiene sentido abrir la competencia en ciertos segmentos del sector, si los nuevos competidores no pueden tener acceso a la red, con lo cual el operador dominante podría terminar monopolizando dichos segmentos...”.

En efecto. La negativa del propietario o gestor de la red de permitir el ejercicio del derecho de acceso a terceros o del derecho de interconexión, puede constituir una práctica contraria a la libre competencia. Una de las dificultades prácticas que suelen devenir de la liberalización de las telecomunicaciones, como destaca JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA, es la negativa del titular de la red a permitir el uso de la red de telecomunicaciones. Ello llevó al Tribunal de Defensa de la Competencia español a establecer, en la temprana decisión de 1 de febrero de 1995, que la negativa del operador dominante de permitir el acceso a las redes,

constituye abuso de la posición de dominio³². Por tanto, de conformidad con la Ley PROCOMPETENCIA, la negativa del titular de la red a permitir el acceso de terceros o la interconexión, *puede* constituir un abuso de posición de dominio³³.

e. El tratamiento de los otros recursos escasos. La numeración y el espectro radioeléctrico

Además de las vías de telecomunicaciones, la LOT regula expresamente *otros recursos escasos o limitados*, que se caracterizan por *afectar la concurrencia* de operadores. La regulación sobre éstos se dirige, por tanto, a *fomentar la libre competencia*.

Tal es el caso de la numeración. Obviamente, el carácter *limitado* de este recurso proviene el *uso práctico* que puede hacerse de los números en la comercialización de servicios de telecomunicaciones. Por ello, debe la Administración *promover el uso eficiente* de este recurso, a través de la *planificación numérica*³⁴. Ahora bien, los servicios de telecomunica-

³² Cfr.: DE LA CUÉTARA, JUAN MIGUEL, "Algunos conflictos –resueltos y pendientes– planteados en las Telecomunicaciones", en *La liberalización de las Telecomunicaciones en un mundo global*, cit., pp. 201-277. Sobre la decisión comentada –que recayó en el asunto conocido por el Tribunal, a consecuencia de la negativa de Telefónica a permitir el acceso a sus redes, por parte de un operador telefónico que operaba en un aeropuerto– vid. MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ, y SOUTO SOUBRIER, LUIS, "Telecomunicaciones y Derecho de la Competencia. De la desmonopolización a la competencia efectiva", en *La liberalización de las Telecomunicaciones...*, cit., pp. 405-407.

³³ El abuso de la posición de dominio ha sido definido por PROCOMPETENCIA como toda conducta unilateral a través de la cual los agentes que ostentan una posición de dominio se aprovechan abusivamente de la ausencia de competidores eficaces, imponiendo condiciones que le benefician, las cuales no podrían establecerse de existir una competencia real y efectiva (resoluciones número SPPLC/0027-94, caso Sofimerca y número SPPLC/0016-95, caso Servicios Técnicos Schindler, C.A.)

³⁴ La Ley define la numeración como "... la representación unívoca, a través de identificadores, de los equipos terminales de redes de telecomunicaciones, elementos de redes de telecomunicaciones, o a redes de telecomunicaciones en sí mismas ...". Los identificadores estarán basados en códigos o caracteres alfanuméricos, siguiendo las pautas establecidas por los organismos de regulación internacionales o regionales que normen la materia (artículo 111). La importancia de la planificación numérica, en el desarrollo de las telecomunicaciones, ha sido tratada por JAVIER CREMADES de la siguiente manera: "... para el diseño de cualquier red telefónica es imprescindible establecer planes de numeración. Un plan de numeración consiste en la distribución de la numeración entre los abonados al servicio. El altísimo número de abonados y la gran complejidad de las redes hacen que dicha distribución sea un proceso de singular relevancia. En este sentido ha de tenerse en cuenta que la numeración, contra lo que podría parecer a primera vista, es un recurso escaso, debido a las limitaciones técnicas de las redes y a los criterios de eficacia y rapidez que se imponen en el diseño de las mismas ..." (vid. el estudio del autor en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 192-193).

ciones suelen identificarse con determinado número, el cual es suministrado por el operador. Si el usuario desea cambiar de operador, probablemente tendrá que cambiar, también, el correspondiente número, lo que desestimula tal cambio, afectando, en definitiva, el acceso de nuevos agentes económicos en condiciones de oferentes. Para paliar este efecto anticompetitivo, la liberalización de las telecomunicaciones incorpora el principio de *portabilidad numérica*, en virtud del cual los usuarios tienen el *derecho* a conservar los números asignados, y los operadores, por tanto, el *deber* de permitir tal portabilidad. Este principio, aunque de manera ambigua, aparece recogido en el artículo 117 de la LOT³⁵.

Es también considerado recurso limitado el *espectro radioeléctrico*, el cual se declara un *bien del dominio público*, lo que supone, además de su sometimiento al régimen ordinario de los bienes del dominio público, las potestades que, en relación con tal bien, puede ejercer la Administración, y que han sido reconocidas ampliamente en la LOT. Sin embargo, este régimen jurídico cuenta con una especial peculiaridad: el espacio radioeléctrico es un bien cuyo uso es *necesario* para la explotación de ciertos servicios de telecomunicaciones, por lo que su uso debe estar orientado a fomentar la concurrencia de operadores. Además, debe tenerse en cuenta que no todo el espacio radioeléctrico puede ser explotado indistintamente por los operadores, pues éste tiene restricciones en cuanto a la porción que efectivamente puede ser empleada. De allí que las potestades administrativas que ordenan y regulan el uso de ese bien deben mantener el difícil equilibrio entre el *uso racional* del espectro y la *libre competencia*.

³⁵ La *portabilidad numérica* "... consiste en la posibilidad de cambiar de operador, lugar y/o servicios sin cambiar el número de teléfono. Es un instrumento técnico que tiene el potencial de desligar un número telefónico de su dirección física original en la red, del operador al cual se le había asignado inicialmente, y del servicio para el que se dio el número ..." (CREMADES, JAVIER, cit. p. 226). Este principio, decíamos, se recoge en el artículo 117 de la LOT, el cual dispone que "... los operadores de telecomunicaciones garantizarán, en los casos, términos, condiciones y plazos que determine la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, que los contratantes de los servicios puedan conservar los números que les hayan sido asignados de acuerdo a las modalidades que establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, basada en las normas y tendencias internacionales...". Además, el artículo establece como *obligación mínima* que deben satisfacer los operadores de redes de telecomunicaciones "... la conservación de los números telefónicos de los contratantes del servicio cuando éstos decidan cambiar de operador o de ubicación física en una misma localidad. Para disfrutar de la conservación de la numeración establecida en esta Ley, los contratantes de los servicios deberán estar solventes con el operador que le presta el servicio ...". Sin embargo, debe notarse que el derecho a conservación de la numeración —salvo para el caso en que tal derecho se relacione con cambios de operador dentro de la misma localidad— sólo será exigible en los términos que disponga CONATEL, con la cual se *delega* en la Administración la *delimitación* de un derecho de los usuarios que se desdobra en cargas para los operadores.

Además de tal equilibrio, la vigencia de la libre competencia exige que la asignación de uso de este bien respete el principio de *igualdad*. Tiene aquí especial importancia la *licitación* a través de la cual deberá otorgarse —como principio general— esta concesión, licitación regida por los principios de *igualdad*, *conurrencia* y *publicidad*, en la cual deberá darse especial importancia a la *libre competencia* entre los distintos oferentes³⁶.

f. Algunas precisiones sobre el fomento de la libre competencia y la apertura del mercado de telefonía básica

El mercado de telefonía básica, en virtud de *régimen de concurrencia limitada* contenido en el título concesional otorgado a la empresa Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), sólo podía ser explotado por un ese operador, el cual, consecuentemente, ejercía una posición de dominio en los términos del artículo 14, numeral I de la Ley PROCOMPETENCIA. Se trataba, sin embargo, de un régimen tempo-

³⁶ 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”. La ley reconoce a la Administración amplias potestades de dirección, control y supervisión sobre ese bien del dominio público de carácter restringido. De esa manera, según la LOT, corresponde a CONATEL, en general, la administración, regulación, ordenación y control del espectro radioeléctrico, de conformidad con lo establecido en la Ley y en las normas vinculantes dictadas por la Unión Internacional de telecomunicaciones (UIT), procurando además armonizar sus actividades con las recomendaciones de dicho organismo (artículo 69). La Exposición de Motivos del Proyecto que elaborara CONATEL señalaba, en este sentido, que “... esta enunciación bastante amplia de administración, regulación, organización y control, incluye entre otras facultades la planificación, la determinación del Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias (CUNABAF), la asignación, cambio y verificación de frecuencias, la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas, el establecimiento de normas técnicas y jurídicas para el uso del espectro, la detección de irregularidades y perturbaciones en el mismo, de acuerdo a la normativa correspondiente, el control de su uso adecuado y la imposición de sanciones a que haya lugar (artículo 73). Aprobar y publicar el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencia (CUNABAF) y los planes técnicos de utilización asociados (artículos 74 y 75) ...”. Hubiese sido deseable, en todo caso, una regulación más específica y *limitada* de estas potestades, sobre todo si se considera que tan exagerada amplitud puede repercutir negativamente sobre la *libre competencia*. Es de hacer notar, además, que la propia Ley regula el *procedimiento licitatorio* a través del cual se otorgará la correspondiente concesión, procedimiento que se rige por los principios enunciados en el artículo 77 de la LOT: igualdad, transparencia, publicidad, eficiencia, racionalidad, pluralidad de concurrentes, competencia, desarrollo tecnológico e incentivo de la iniciativa, así como la protección y garantía de los usuarios.

La condición del espectro radioeléctrico como bien del dominio público presenta no pocos inconvenientes. Un tratamiento general del tema puede encontrarse en *Telecomunicaciones: Estudios sobre Dominio Público y Propiedad Privada*, coordinada por CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, MARCIAL PONS, Madrid, 2000, con especial atención a los estudios de PÉREZ-ARDÁ CRIADO, JAVIER (“Introducción al dominio público”, pp. 13-40) y MARZO COSCULLUELA, JAVIER (“El dominio público radioeléctrico”, pp. 149-189).

ral, vigente sólo hasta el 27 de noviembre del año 2000. Vencido como está este derecho exclusivo, cualquier operador, en ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica, puede acceder al mercado de telefonía básica.

Sin embargo, ese acceso requiere un régimen especial, a través del cual se ordene la concurrencia de los distintos agentes que accedan al mercado, estableciéndose, además, los principios por los que se regirá el operador titular del derecho exclusivo, hoy extinguido. Por ello la Ley establece, en su artículo 211, que el Ejecutivo Nacional, a través del “Reglamento de Apertura del Servicio de Telefonía Básica” determinará “el modelo, condiciones, limitaciones, requisitos y cualquier otro aspecto necesario para obtener las condiciones que estime convenientes para la apertura del servicio de Telefonía Básica, a cuyo efecto podrá establecer regulaciones asimétricas”. CONATEL elaboró, en este sentido, los *Lineamientos de Políticas para la apertura del mercado de telefonía básica*, extenso documento a través del cual se precisaron los principios generales que regirían tal proceso de apertura. Se reitera en estos “lineamientos” que el Ejecutivo Nacional “... tiene la obligación legal de realizar todas las acciones necesarias para asegurar que, a partir del día siguiente de la cesación del privilegio de concurrencia limitada, los operadores que hayan cumplido con los requisitos establecidos puedan explotar los servicios básicos de telecomunicaciones...”, para lo cual “... los esfuerzos del Estado están destinados a diseñar e implementar una política coherente que asegure tanto la libertad de empresa de los operadores y el beneficio privado en la realización de la actividad, como la protección de los intereses de los usuarios y el desarrollo integral del país...”³⁷.

Uno de los inconvenientes que se presenta con mayor frecuencia en la implementación de la liberalización de las telecomunicaciones es la introducción de nuevos agentes económicos, cuando existe un operador dominante en el mercado. Ese operador dominante, además, suele ser propietario de la infraestructura de red cuyo uso es indispensable. De allí que en los procesos de liberalización suele establecerse un “estatuto del operador dominante”, a través del cual se realiza una “discriminación positiva”, esto es, se imponen cargas y deberes a ese operador dominante

³⁷ Estos “lineamientos” pueden ser consultados en la página www.conatel.gov.ve

a fin de garantizar la vigencia del principio de libre competencia, objetivo central de toda liberalización. A esa especial normativa se le conoce como *regulación asimétrica*, por las diferencias de trato entre el operador dominante y los nuevos operadores que ingresan al mercado. Conviene destacar que la figura del operador dominante *no se relaciona con la posición dominante o de dominio*, a la cual hemos hecho referencia. En efecto, la calificación del *operador dominante* permite precisar qué agente, en el mercado de las telecomunicaciones, tiene una cuota de mercado de tal magnitud que dificulte la entrada de nuevos operadores.

Se ha expresado así que la liberalización de las telecomunicaciones, aplicada respecto actividades que eran prestadas en régimen de monopolio, requiere para su éxito la concurrencia de dos elementos: que los nuevos entrantes no tengan que acometer altas inversiones para poder prestar servicios y que se asegure la prestación de los servicios universales. Para ello, se imponen cargas al operador dominante que faciliten el acceso a la infraestructura de red de los nuevos agentes y además, se le asignan obligaciones de servicio universal. Ahora bien, debe quedar claro que ese estatuto, al derivar en cargas y limitaciones al ejercicio de la libertad económica, es materia de la reserva legal. Sin embargo, la Ley delegó de manera amplia tal regulación en el reglamento, afectándose, en nuestra opinión, la reserva legal que informa a las limitaciones de la libertad económica³⁸.

En definitiva, este proceso de apertura –regulado a través del *reglamento de apertura de los servicios de telefonía básica*– tiene por finalidad última *introducir* la libre competencia en ese mercado, atemperando las barreras (de hecho o de derecho) que restringen el acceso de nuevos operadores. Para ello, se *facilita* el otorgamiento de los títulos habilitantes necesarios para acceder al mercado y se regula la *interconexión* a la red asociada a ese mercado, así como las condiciones de acceso a tal mercado por parte de los usuarios. Ello demuestra que la liberalización supone, por lo general, la adopción de medidas coactivas destinadas a fomentar la libre competencia, peculiar manifestación de la

³⁸ En relación con lo expuesto, vid. ARPON DE MENDIVIL, ALMUDENA, y FIGUERA, CECILIA, "El estatuto del operador dominante", en *Comentarios a la Ley General de las Telecomunicaciones*, Aranzadi, Madrid, 1999, pp. 205-246. Con carácter general, vid. DE LA CUÉTARA, JUAN MIGUEL, "Asimetría regulatoria, equidad y transición a la competencia en las telecomunicaciones españolas", en *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI)* número 4, Madrid, 1991, pp. 11 y siguientes.

obligación prevista en el artículo 113 constitucional, en cuya virtud el Estado debe garantizar la existencia de condiciones efectivas de competencia³⁹.

C. La neo-regulación como técnica de limitación: el servicio universal y las obligaciones de servicio público

a. El servicio universal

Los servicios de telecomunicaciones, lo hemos indicado ya, se relacionan con derechos fundamentales prestacionales, respecto a los cuales la Constitución impone obligaciones positivas a los Poderes Públicos destinadas a garantizar su efectiva satisfacción. Satisfacción que la LOT ha confiado a la libre iniciativa privada y a la libre competencia.

Mas no puede delegarse enteramente en el mercado la satisfacción de estos derechos fundamentales. No se trata, subrayamos, de un planteamiento basado en determinada postura ideológica. Por el contrario, es éste un argumento que encuentra apoyatura expresa en la Constitución: que el Estado debe garantizar el ejercicio de derechos prestacionales, es conclusión inequívocamente derivada de los artículos 1 y 3 de la Carta Magna. El carácter normativo y vinculante de la Constitución –reconocido en su artículo 7- así lo exige. Recordemos que la liberalización no es, ni puede ser, una simple apelación al mercado, tal y como destacan DE LA QUADRA SALCEDO y GARCÍA DE ENTERRÍA. Se acude al mercado en búsqueda de eficiencia y para estimular la libertad económica. Pero los Poderes Públicos no pueden acudir al mercado para desligarse del cumplimiento de obligaciones positivas impuestas por la Constitución y asociadas a derechos fundamentales⁴⁰.

Esta circunstancia plantea *límites constitucionales* a la liberalización. A través de ésta, se insiste, no cabe renunciar a la protección de los derechos fundamentales; tampoco puede afectarse el *carácter universal* con el que determinadas prestaciones deben ser atendidas. Ocurre así con

³⁹ Destaca el espíritu intervencionista de este reglamento, que *enumera* los distintos atributos que pueden ejercer los titulares de las habilitaciones que a tales efectos se otorgue, enumeración propia de un régimen concesional, pero extraña a lo que debería ser un régimen de libertad.

⁴⁰ Véase el estudio preliminar de estos dos autores, contenido en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999.

lo previsto en el artículo 108 de la Constitución: los servicios de difusión deben ser prestados *universalmente*, lo cual debe ser garantizado por el Estado.

La liberalización de las telecomunicaciones en el Derecho Comparado ha tocado, precisamente, la esencia de lo que aquí tratamos de reflejar: el mercado y la libre competencia pueden ser instrumentos no idóneos para garantizar la universalidad con la cual deben ser atendidas ciertas prestaciones. Piénsese así en los servicios de telecomunicaciones que, inherentes a un adecuado nivel de vida –empleando los términos a que alude el artículo 82 de la Constitución– no son económicamente rentables. La aplicación del mercado hará, muy probablemente, que los operadores desatendan estos servicios, dedicando su iniciativa empresarial a las actividades que resulten más lucrativas. Aspecto éste, destacamos, que no puede ser reprochado, pues la selección de la actividad lucrativa de la preferencia de cada empresario es inherente al derecho constitucional de la libertad económica, tal y como reconoce el artículo 112 constitucional. Lo reprochable es, en todo caso, que el Estado incumpla su obligación de garantizar la adecuada prestación de estos servicios.

Es por ello que, en el contexto de la liberalización de las telecomunicaciones, el Estado puede imponer coactivamente a los operadores la obligación de prestar estos servicios esenciales, de manera regular y uniforme, en respeto al principio de igualdad, y con carácter universal. Surge así el denominado *servicio universal*, reconocido en el artículo 49 de la LOT. Según este artículo, el servicio universal comprende “el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones que los operadores están obligados a prestar a los usuarios para brindarles estándares mínimos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad económica con independencia de la localización geográfica”. La finalidad de esa figura, como dispone el artículo comentado, es “la satisfacción de propósito de integración nacional, maximización del acceso a la información, desarrollo educativo y de servicio de salud y reducción de las desigualdades de acceso a los servicios de telecomunicaciones por la población”.

El servicio universal es una figura –como ya ha sido destacado en el Derecho Comparado– *tributaria* del servicio público. Atiende, ciertamente, a sus mismas finalidades, pero a través de mecanismos e instru-

mentos cónsonos con la libertad económica y la libre competencia⁴¹. Incluso en Francia —donde surge el dogma del servicio público— se ha aceptado que esta figura responde a los mismos fines del servicio público, pero en respeto a la libre competencia. El servicio público sería, como lo ha entendido el Consejo de Estado francés, la *prolongación del mercado*: cuando éste falla, el servicio público *garantiza* la satisfacción universal de estas especiales prestaciones sociales⁴².

⁴¹ El servicio universal ha tenido especial desarrollo en el Derecho Comunitario Europeo. Así, dentro de los antecedentes de esta figura encontramos la *segunda parte del Libro Verde de infraestructuras*, de 25 de enero de 1995, en el cual el servicio universal es definido como “el acceso a un servicio mínimo definido, de calidad especificada, por parte de todos los usuarios, a un precio asequible y con respeto de los principios de universalidad, igualdad y continuidad”. Nótese como las características del servicio universal coinciden plenamente con las características del servicio público tradicional. El servicio universal, según el *Libro Verde*, pretende generalizar la prestación de actividades de telecomunicación consideradas de interés general por satisfacer necesidades colectivas. De allí que, como el servicio público tradicional, el servicio universal es un concepto dinámico y flexible, que cambia con el tiempo.

⁴² Como señala SANTIAGO MUÑOZ MACHADO “...entre la competencia absoluta y las exigencias tradicionales del servicio público, se sitúa la noción de servicio universal. Sin rebajar un ápice las exigencias de la libre competencia, la idea de servicio universal trata de imponer a los operadores de telecomunicaciones la obligación de ofrecer a toda la población servicios de una determinada calidad, en unas condiciones uniformes a un precio asequible...” (*Servicio Público y Mercado, Tomo II, Las Telecomunicaciones*, cit., p. 114. Vid asimismo el Tomo I de esa obra, pp. 317-324). La conexión entre la teoría del servicio público y la figura que aquí nos ocupa es la *universalidad*, tal y como ha recordado JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA: “... la universalidad no es otra cosa que la extrapolación de la igualdad a la totalidad de la ciudadanía y ésta ha sido siempre y continuará siendo una característica esencial de los servicios públicos ...” (“Tres postulados para el nuevo servicio público”, en *El nuevo servicio público ...*, cit., p. 165). Por tanto, las actuaciones prestacionales derivadas del servicio universal “...son las herederas del antiguo servicio público. Si éste era una excepción a las reglas del mercado, aquél también lo es; si éste reconocía derechos a los usuarios, aquél también lo hace; y, si éste estaba encaminado a finalidades de clara utilidad social, aquél también lo está...” (ARINO ORTIZ, GASPAS, et al, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 1999, p. 670). También ha sido esa la opinión de CARMEN CHINCILLA, para quien “... la fórmula ‘servicio universal’ alude a una prestación que por su carácter esencial ha de suministrarse ... a todos los ciudadanos, por encima de las dificultades geográficas, económicas o sociales que pueden existir para ello. La idea de solidaridad social está, pues, en la base de esta nueva categoría jurídica, como lo estaba en el viejo concepto de servicio público en la definición dada por L. DUGUIT, sólo que ahora la forma de asegurar la prestación universal del servicio es completamente distinta, pues se trata de servicios prestados en régimen de competencia ...” (vid. el estudio de la autora en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 274-287). Para un estudio de este tema desde el Derecho francés, véase el *Rapport publique 1994* del Consejo de Estado, contenido en el volumen 46 del *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, París, 1995, pp. 14-135, así como los comentarios que, sobre este reporte, hace FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN en “Servicio público y empresa pública: el final de una época”, en *Revista Española de Derecho Administrativo número 89*, Madrid, 1996, pp. 37 y siguientes. Un tratamiento de la *privatización de las telecomunicaciones* desde su adecuación constitucional ha sido efectuado por el Consejo Constitucional Francés en la decisión número 96-380 DC, de 23 de julio de 1996, caso *France Télécom*, y que aparece publicada en el *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, París, 1996, pp. 107-110.

La Ley remite a la Administración la determinación de las actividades que podrán ser consideradas servicios universales. Pero lo hace a través de dos maneras. Hay, así, actividades que *necesariamente deberán considerarse servicio universal*, y que aparecen recogidas en el artículo 50. Este artículo impone a la Administración una obligación concreta: someter, a las actividades que ahí se enumeran, al régimen propio del servicio universal, cuyas notas distintivas son su *obligatoriedad* (en relación con el operador) y su prestación en condiciones de *igualdad* (en relación con los usuarios). Si la Administración incumple esta obligación, entendemos que los usuarios podrán acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa a fin de obtener la correspondiente tutela del juez, quien podrá condenar a la Administración a someter a estas actividades al régimen propio del servicio universal, todo ello mediante la acción que en Venezuela es denominada –no sin cierta imprecisión– como “recurso de abstención o carencia”⁴³.

Pero además, el artículo 50 permite que la Administración someta a otras actividades al régimen del servicio universal. Se trata de una potestad *mayormente discrecional*, que al suponer una limitación a la libertad económica, tiene que ser interpretada restrictivamente. Entendemos que el carácter discrecional de esta potestad no impide que los usuarios acudan al juez contencioso-administrativo para solicitar –mediante la correspondiente pretensión de condena– que la Administración declare como servicio universal cierta actividad, distinta, por supuesto, de las enumeradas en el artículo 50⁴⁴.

Otra particularidad debe destacarse. Una vez declarada una actividad como servicio universal, puede la Administración modificar su régimen jurídico, lo cual es otro vestigio del régimen propio de los servicios públicos. Esta posibilidad es reconocida en el artículo 51 de la LOT, según el cual la Administración deberá “periódicamente cuantificar, planificar, revisar y ampliar las obligaciones de Servicio Universal en función de la satisfacción de las necesidades de telecomunicaciones y el desarrollo del mercado”. Ello nos permite concluir que la modificación del

⁴³ Por todos, vid. UROSA MAGGI, DANIELA, “La inactividad administrativa como objeto de la pretensión en el contencioso administrativo”, en *Revista de Derecho Administrativo número 9*, Caracas, 2000, pp. 195 y siguientes.

⁴⁴ Seguimos a UROSA MAGGI, DANIELA, “La inactividad administrativa como objeto de la pretensión en el contencioso administrativo”, cit., pp. 238-239 y 242-245.

servicio universal puede orientarse hacia dos posibles soluciones: alteración del régimen jurídico establecido para la actividad considerada servicio universal o *extinción* de la declaratoria de servicio universal previamente efectuada por la Administración. Puede ocurrir, en efecto, que la evolución del mercado garantice, en régimen de libertad, la universalidad de una actividad sometida al régimen coactivo del servicio público. Consideramos ventajoso, por tanto, que el artículo prevea la colaboración de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (PROCOMPETENCIA), en el ejercicio de esta atribución. Notamos, igualmente, que la modificación del servicio universal tiene al menos un límite expreso, derivado del artículo que se comenta: en ningún caso la Administración “podrá desmejorar los derechos de los usuarios garantizados por las obligaciones que constituyen el servicio universal”.

Ahora bien, preciso es rectificar, en parte, lo que hemos señalado. Así, hemos identificado al servicio universal como una obligación, haciendo referencia a que la Administración puede *imponer* la prestación de determinadas actividades a los operadores de telecomunicaciones. Esta afirmación, en los términos planteados, no es del todo exacta, pues de conformidad con la LOT el servicio universal no siempre es considerado como una obligación. En efecto, dispone el artículo 52 que la asignación de las “obligaciones” de servicio universal serán sometidas, en cada caso, a *procesos de selección abiertos* en el que podrán participar los operadores interesados. Se acude entonces a un procedimiento concursal, cuyos parámetros de adjudicación están previstos en la norma: se asignará la obligación al operador interesado que (i) requiera un monto menor del Fondo de Servicio Universal, (ii) siempre que se satisfagan los requerimientos técnicos y niveles de calidad establecidos por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Las actividades consideradas servicios universales se asignan, entonces, a través de un procedimiento licitatorio. Por tanto, esta asignación siempre es consecuencia de la correspondiente oferta *voluntariamente formulada* por los operadores interesados. Es por ello que el servicio universal no es siempre una *obligación impuesta coactivamente*, sino una actividad *voluntariamente asumida por los operadores*. Esto nos permite notar una inconsistencia que debe ser denunciada.

El servicio universal se justifica por la existencia de determinadas actividades que, si bien deben ser prestadas con criterios de regularidad e igualdad, no pueden ser atendidas eficazmente en régimen de libertad económica y libre competencia, probablemente, por no ser económicamente rentables. Si los operadores no prestan *voluntariamente* estas actividades en ejercicio de la libertad económica, tampoco cabe esperar que, *voluntariamente*, soliciten a la Administración su asignación a través del correspondiente procedimiento licitatorio. El procedimiento licitatorio no es, en consecuencia, el medio más idóneo para asignar la prestación del servicio universal, pues la ausencia de incentivos económicos hará que, probablemente, la licitación se declare desierta. De ocurrir ello, de conformidad con el artículo 53, la Administración deberá asignar directamente a uno o varios prestadores de servicios de telecomunicaciones el cumplimiento de las obligaciones de servicio universal. Para ello, CONATEL requerirá la correspondiente propuesta económica del operador u operadores que estime conveniente; evaluará la idoneidad del operador u operadores en función de su capacidad técnica y económica, cercanía, experiencia y economía en la consecución de los fines perseguidos y asignará la obligación o reformulará los términos de la misma, en caso de considerarlo conveniente para el interés público. Esto nos permite afirmar que, declarado desierto el procedimiento licitatorio, la Administración sólo podrá imponer el servicio universal a algunos de los operadores que participaron en el correspondiente procedimiento licitatorio. No cabe, en el ordenamiento jurídico venezolano, imponer coactiva y directamente “obligaciones” de servicio universal. Siempre, insistimos, la Administración deberá iniciar un previo procedimiento concursal.

b. Las otras obligaciones de servicio público.

Si bien la LOT sólo regula de manera expresa el servicio universal, es lo cierto que implícitamente, y por tanto, de manera confusa y ambigua, contempla *otras obligaciones* que podrán imponerse a los operadores de telecomunicaciones. Así, el artículo 2.1 dispone que para garantizar la defensa de los objetivos ahí enumerados, podrán “imponerse obligaciones a los operadores de los servicios”. Igualmente, el artículo 15.3, al enumerar las obligaciones de los operadores de telecomunicaciones, prevé que éstos deberán “cumplir con las obligaciones previstas en la habilitación administrativa correspondiente”. Este último supuesto no puede reconducirse a las “obligaciones de servicio universal”, desde que éstas no se imponen directamente en los títulos habilitantes. Se trata, por tanto,

de otras obligaciones que coactivamente la Administración puede asignar a los particulares.

Es cuestionable, nuevamente, la imprecisión empleada por el legislador, pues la Administración queda ampliamente habilitada para imponer *cualquier obligación* a los operadores de telecomunicaciones, lo que constituye una grave limitación a la libertad económica.

c. El Fondo de Servicio Universal. ¿Derogación de la responsabilidad patrimonial de la Administración?

La explotación de actividades declaradas servicio universal supone la asunción de costes patrimoniales que normalmente se cubrirían con la remuneración propia de tales servicios. Sin embargo, esta remuneración puede ser insuficiente, por lo que surge la necesidad de cubrir estos costes a través de otro tipo de recursos. La implementación del servicio universal en el Derecho Comparado derivó, así, en una importante consecuencia: la indemnización de estos costes debe responder a los gastos efectivamente asumidos, a fin de evitar el otorgamiento de subsidios encubiertos que menoscabarían la libre competencia. Igualmente, se partió de la premisa según la cual los costes deberían ser repartidos entre todos los operadores para respetar el principio de igualdad, inherente a la libre competencia. De allí que la indemnización del servicio universal se efectúa a través de un *fondo*, esto es, un *patrimonio separado*, cuyos recursos provienen de las aportaciones efectuadas, en igualdad de condiciones, por todos los operadores⁴⁵.

Así se ha previsto, también, en la LOT: según el artículo 54 “se crea el Fondo de Servicio Universal, el cual tendrá el carácter de patrimonio separado adscrito a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones”. Según dispone el artículo 55, el fondo tendría por objeto “subsidiar” los costes asociados al servicio universal. Término por demás impropio, pues en realidad tal fondo no otorga ningún subsidio, sino que *indemniza* al operador por los costes asumidos.

A través de este régimen de indemniza a los operadores que, voluntariamente, y a través del procedimiento licitatorio, asumen la prestación de un servicio universal. Mediante este mecanismo, también, se

⁴⁵ Vid. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Servicio público...*, Tomo II, cit., pp. 110-111.

indemnizará al operador al que la Administración imponga la prestación del servicio universal, supuesto que sólo procede cuando la licitación es declarada desierta. Sin embargo, y como antes señalamos, este régimen no puede derogar la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la asignación coactiva del servicio universal a un operador, esto es, la responsabilidad generada por un acto administrativo lícito. Claro está, este supuesto sólo sería aplicable si el servicio universal es impuesto unilateralmente por la Administración⁴⁶.

CONSIDERACIONES FINALES

Las telecomunicaciones son *servicios esenciales*, esto es, *actividades económicas prestacionales*, de naturaleza *privada*, indispensables para la convivencia social y para el desarrollo de los derechos fundamentales, que se dirigen a satisfacer necesidades colectivas de interés público. Por su condición de actividades económicas –y debido a la privatización material efectuada en la LOT- estos servicios se rigen por el principio general de libertad económica, previsto en el artículo 112 constitucional. Sin embargo, y por su vinculación con derechos fundamentales de contenido prestacional, estos servicios se rigen, también, por los principios que derivan de los artículos 1 y 3 de la Constitución. De allí que la liberalización de las telecomunicaciones ha de estar orientada, por un lado, a promover la libre iniciativa empresarial en régimen de libre competencia y, por el otro lado, a garantizar la efectiva satisfacción de los derechos fundamentales asociados a estos servicios.

La LOT a modificado sustancialmente el instrumento a través del cual este último objetivo era alcanzado: abandonando la *publicatio* sobre todos los servicios de telecomunicaciones, el legislador confía la satisfacción de estos derechos fundamentales a la iniciativa económica privada y al mercado. Mas no se trata de un mercado *libre*, sino de un *mercado regulado*. La regulación sobre estas actividades es, insistimos,

⁴⁶ En relación con este régimen de responsabilidad patrimonial, vid. BLANCO ESTEVE, AVELINO, *La responsabilidad por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1985, especialmente, pp. 206-207. En el Derecho Venezolano, vid., ORTIZ-ALVAREZ, LUIS, *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezuela, Caracas, 1995, p. 133. Sobre este régimen nos hemos pronunciado en HERNÁNDEZ G, JOSÉ IGNACIO, "Actividad consultiva de la Administración y Responsabilidad Patrimonial", *Revista de Derecho Administrativo número 7*, Caracas, 1999, pp. 115-217. La imposición coactiva de las "otras obligaciones de servicio público" se regirá, igualmente, por este sistema de responsabilidad.

una obligación constitucional indeclinable. La nueva Ley, por tanto, supone una importante transformación del Derecho Administrativo venezolano.

En efecto, entendemos –siguiendo a SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER- que no cabe plantear este cambio desde el “Derecho de las telecomunicaciones”. Como afirma este autor “... con el entusiasmo propio de quienes, dicen, estrenan ciencia, se ha hablado de la unidad que ofrece el tema, postulando incluso un Derecho de las telecomunicaciones (...) tal planteamiento, entiendo, carece de sentido (...) no lo permite, en primer lugar, la falta de homogeneidad de la materia que ha de ser objeto de la disciplina que se postula (...) además, un análisis detallado de las técnicas e instituciones jurídicas que se dan cita en el ámbito de las telecomunicaciones, nada más que se profundice en ellas, permite concluir que nos encontramos pura y simplemente, con las propias del Derecho Administrativo, naturalmente, con las obligadas matizaciones que como en cualquier otro campo impone la materia...”⁴⁷.

La esencia de este cambio reside en la adecuación de la actuación de la Administración económica a la libre iniciativa empresarial y a la libre competencia. La Administración se retira de este sector, pero mantiene la intervención necesaria a fin de garantizar la protección del interés general presente en las telecomunicaciones, intervención que debe desplegarse manteniendo el equilibrio entre la iniciativa privada y el interés general. En el respeto de ese equilibrio –que es, en definitiva, equilibrio propio del Derecho Administrativo- reside el éxito de todo proceso de liberalización.

El estudio de la Ley nos permite afirmar la vocación de ésta por mantener tal equilibrio. El análisis de la neo-regulación para fomentar la libre competencia y de la neo-regulación como instrumento de limitación así lo revela. Este equilibrio, sin embargo, es menoscabado por la imprecisión y ambigüedad con los que la Ley trata ciertos temas, en los que abundan las remisiones –un tanto genéricas- al reglamento. Equilibrio que se menoscaba, también, por el espíritu intervencionista que subyace en la Ley. Así ocurre, en nuestra opinión, con el régimen de las “autorizaciones”: su pretendido carácter constitutivo, aunado al régimen estatutario de los “atributos”, reduce el ámbito de la libertad económica.

⁴⁷ “Prólogo” al libro de CARLÓN RUIZ, MATILDE, *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías*, La Ley, Madrid, 2000, pp. xxx-xxxI.

Para finalizar, conviene insistir en el carácter *matizado* con el que debe ser analizada la nueva ordenación de las telecomunicaciones. No cabe asumir posturas extremas, que pretendan la expansión absoluta de la libre competencia, ni que postulen el mantenimiento de técnicas de intervención sustitutivas de la libertad económica. Son dos extremos que deben evitarse. Así, la libre competencia no tiene un contenido absoluto, tal y como revela el artículo 113 constitucional. Existen, ciertamente, necesidades colectivas que no pueden satisfacerse únicamente a través del mercado. Tal es el caso de las necesidades que derivan de los artículos 57, 58, 82 y 108 de la Constitución. Además, las potestades administrativas que restringen la libertad económica no pueden ser ilimitadas: a ello se opone el principio general de la mensurabilidad de toda potestad pública. Carácter relativo, pues, tanto de la libre competencia como de las limitaciones administrativas a la libertad económica. El desarrollo y evolución de la nueva ordenación de las telecomunicaciones demostrará si ese equilibrio se mantiene o si, por el contrario, el sector se inclina hacia alguno de los extremos anotados. Dado el espíritu intervencionista que la Ley despliega en ciertas materias, parece que tal desarrollo se inclinará por el segundo de los extremos señalados⁴⁸.

⁴⁸ Por demás reveladoras son las palabras empleadas por SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER ("Reflexiones sobre las privatizaciones", en *Revista de Administración Pública número 144*, Madrid, 1997, pp. 21 y 38): "... No se discute que el libre mercado sea el instrumento más válido para situar recursos y satisfacer eficazmente necesidades. Pero esto, tal y como Juan Pablo II señaló con razón, *sólo vale* para las necesidades que son solventables con poder adquisitivo y para aquellos recursos que son vendibles. Que existen numerosas necesidades humanas que no tienen salida en el mercado, lo que exige que, en su caso, sea controlado por las fuerzas sociales y por el Estado con el fin de que se garantice a todos la satisfacción de las exigencias fundamentales...". Las reflexiones de JUAN PABLO II se toman de *Centesimus Annus. La problemática social hoy*, Madrid, 1991, pp. 34 y siguientes. Claro está, la evolución del mercado puede permitir que estas necesidades se satisfagan en un régimen de mayor libertad, a lo que debe corresponder la reducción proporcional de la intervención de la Administración

LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS

María Amparo Grau

El artículo 7 de la Constitución de 1999 expresa que “la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.”

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

Obsérvese que el Estado se obliga a garantizar los derechos que el Texto Constitucional prevé así como los contenidos en acuerdos internacionales, pero tales derechos no le son otorgados a los ciudadanos por el texto constitucional, “la garantía es la creación de la Constitución, en tanto que los derechos protegidos por esa garantía son los derechos del hombre que no provienen de ley alguna, sino directamente de la calidad y de los atributos naturales del ser humano¹.”

Los hombres tienen derechos humanos y los Estados el deber de respetarlos, su reconocimiento es un paso previo, pues contiene la declaración del Estado en cuanto a su compromiso a ello.

Pero más que una simple declaración, el texto fundamental debe contener los instrumentos o mecanismos a disposición de los particulares para obligarlo al respeto de esos derechos, y estos mecanismos son, precisamente, las garantías.

Tradicionalmente, se había considerado que una de esas garantías era, precisamente, el amparo, entendido como un mecanismo puesto a disposición del ciudadano para la protección de los derechos humanos. Sin embargo, en cuanto tal garantía, el Estado debía mediante la ley re-

¹ Bazdresh, Luis. *Garantías Constitucionales*. Edit. Trillas. Cuarta edición. México, 1990. p. 12.

gular las acciones y trámites que de manera expedita y eficiente permitieran su uso. El Estado no sólo tardó más de 20 años en dictar las normas legales reguladoras de tal institución, lo cual si bien no impidió que la labor jurisprudencial lo aplicara y desarrollara sus principios sin duda mermó el efectivo uso del recurso por parte de los ciudadanos, pues la acción de amparo, con anterioridad a la ley de la materia era excepcional.

Dictada la ley de amparo se desbordó el mecanismo, pues su uso resultó sin duda numeroso, ello no podía entenderse, como algunas autoridades pretendieron, como el producto de una ley defectuosa, antes bien era la consecuencia de contar al fin con un medio regulado específico que diera respuesta a la arbitrariedad usual de los órganos del poder y de particulares que en situación de supremacía procedían sin reparo en los derechos de quienes a ellos se hallaban sujeto en virtud de relaciones jurídicas especiales (laborales, educativas, de prestación de servicios, etc).

La Ley de Amparo, sin embargo, resultó a la par que vía canalizadora de esta necesidad, demasiado reguladora y limitativa, pues no sólo previó las acciones de amparo posibles, con lo cual se restringía el espectro de accionabilidad para la protección de los derechos, sino que sus normas resultaban confusas (amparo sobrevenido), insuficientes (carácter suspensivo del amparo conjunto y la regulación del desacato) y en otros casos técnicamente incorrectas (efecto no anulatorio del amparo autónomo), ello sin tener en cuenta que limitaba igualmente o permitía la limitación del acceso a la justicia constitucional de amparo, al regular en un extenso artículo causales de inadmisibilidad —que ahora se estiman en su mayoría de improcedencia- y entre las cuales se prevé la opción por vías ordinarias —hoy precisado a su carácter idóneo- o la caducidad, que limita sin duda la materia. También la legitimación fue elemento que impidió la protección de derechos constitucionales por cuestiones de mera formalidad.

Hoy, sin embargo, bajo la Constitución del 99 se concibe al amparo como un derecho. Esta modificación, que según algunos autores² no es tal, puesto que bajo la Constitución del 61 que no hacía calificación alguna ya el Legislador había previsto normas que concebían al amparo como derecho ha provocado sin duda un cambio total en la mentalidad del juez de amparo, que bajo la merma de la formalidad que ordena el

² Así lo sostiene el profesor Brewer-Carías en su libro "El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999". Edit. Jurídica Venezolana. Caracas, 2000.

propio artículo 27 en esta materia, ha flexibilizado las normas de la ley para procurar una protección más efectiva.

Y esta concepción del amparo como derecho se corresponde con la declaración Universal de los Derechos Humanos de Las Naciones Unidas (10-10-48), la cual contempla entre tales derechos "el derecho a obtener en los tribunales el remedio a las violaciones de los derechos fundamentales." Las acciones y procedimientos previstos para ello, serían la garantía a este derecho.

En este sentido se ha afirmado que uno de los pasos de avance de este nuevo Texto Constitucional ha sido precisamente consagrar el amparo como un derecho y no sólo como una específica garantía adjetiva³, por lo que su ejercicio debe admitirse mediante múltiples medios judiciales y a través de un procedimiento no sujeto a formalidad con preferencia a cualesquiera otros asuntos (garantía).

Se convierte así a la acción de amparo en el mecanismo para hacer efectivo un derecho, el derecho al amparo. Y en relación con esta efectividad, se halla precisamente el tema de la protección de los intereses colectivos o difusos.

La ley no contempló la posibilidad de protección de estos intereses por acción particular. Esta precisión es muy importante, no es que antes no existiese reconocimiento al interés colectivo o difuso, sino que su protección dependía de una representación especial, y como regla general, atribuida a un órgano estatal: el Ministerio Público⁴.

Ello no fue óbice para que la jurisprudencia, de manera algo tímida, comenzará a mostrar la inadecuación de esta limitación, mediante fallos en los que si bien no se llegó a aceptarlos, se perfilaban sin duda como el camino hacia esa meta. Me refiero al amparo organizativo y a la extensión de los efectos de la sentencia a terceros.

³ Brewer-Carías Allan R. *Ibidem*. Pág. 45.

⁴ Aun cuando debe reconocerse que la jurisprudencia en algunos casos negó incluso la legitimación de este órgano para ejercer acciones tendentes a la protección de intereses difusos. Así la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia de fecha 2 de mayo de 1996, caso Petróleos de Venezuela, indicó que la representación del interés difuso debe negarse a un particular, pues "sus alegatos pueden estar en contraste con los de otros múltiples sujetos y entidades integrantes de la colectividad."

A través de esta primera vía, encontramos casos en los que se dio protección al derecho a la salud a una colectividad como la del estado Carabobo, con base a la acción de amparo intentada por su gobernador contra el Instituto Venezolano del Seguro Social, se protegían así intereses que se corresponden, como veremos, a la categoría de los difusos.

También es de mencionar los fallos de la Sala Político-Administrativa y Corte en Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en ponencia por cierto de la Magistrado Hildegard Rondón de Sansó, a quien me honra sustituir, mediante los cuales se extendían los efectos de sentencias a terceros no intervinientes en juicio⁵. Esta modalidad ha sido aplicada no sólo en amparo⁶ sino también en el caso de medidas cautelares innominadas⁷ y de recurso por abstención⁸.

En estos casos no puede hablarse propiamente de la protección de intereses difusos, antes bien pareciera una modalidad de protección del interés individual, pero plural, pero en todo caso es signo de la tendencia del juez a extender los efectos de protección a todos los sujetos que se hallan en la misma situación de menoscabo que la de los accionantes⁹.

⁵ Esta posibilidad de extensión se encuentra prevista en la Ley Española 29 del 13 de julio de 1998 para sentencias definitivas, lo cual es lógico, pues mientras el juicio esté en curso está la posibilidad de intervención de terceros, en la que se exigen como requisitos de procedencia los siguientes: 1.- que el interesado se encuentre en la misma situación jurídica a la de los favorecidos por el fallo original; 2.- que el Juez sea también competente por el territorio para conocer de las pretensiones de reconocimiento de esas situaciones individuales; y 3.- que la solicitud de extensión de los efectos se realice en un plazo de 1 año desde la última notificación a las partes del proceso.

⁶ Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 15 de diciembre de 1999, caso sujetos afectados por el VIH y SIDA contra el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social.

⁷ Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de fecha 4 de agosto de 1999, caso nulidad por inconstitucionalidad del Reglamento del Puerto Libre del Estado Nueva Esparta.

⁸ Sentencia dictada en fecha 7 de octubre de 1999 por la Sala Político Administrativa, caso docentes jubilados del Ministerio de Educación.

⁹ Decimos que la extensión protege intereses individuales, aunque plurales, porque en definitiva se protege a quienes se encuentran en la misma situación de legitimación para accionar que el de la parte recurrente en el proceso. Además, debe tenerse en cuenta que en ese fallo la Corte precisó que si bien siempre que haya sido reconocida la exigibilidad de un derecho con respecto de una situación fáctica específica, tal circunstancia debe ser observada por cualquier sujeto, ya que en el caso contrario, estarían actuando en forma contraria a la Constitución, ello sólo es aplicable en aquellos casos en los cuales la situación fáctica protegida no fuese discutida por el eventual agravante, ya que en caso de serlo correspondería nuevamente al órgano jurisdiccional pronunciarse respecto del caso concreto.

Ahora bien, una cosa es la determinación de esos intereses que son protegibles de acuerdo al nuevo Texto Constitucional, y otra, la legitimación de quienes puedan accionar a estos efectos¹⁰.

En todo caso, hoy, el texto del 99 reconoce la protección de los intereses difusos y colectivos, lo cual como veremos comporta una protección directa del fallo que se dicte por quien asuma esa representación, lo cual haría innecesaria la extensión de los efectos.

Ello impone tener en cuenta a los efectos de este análisis tres aspectos relacionados con el tema de los intereses difusos y colectivos, de una parte, el contenido de estas nociones; de otra, la legitimación para su representación; y, finalmente, lo relativo a los efectos de la sentencia en estos casos.

Sobre la necesidad de distinguir entre estos aspectos, la sentencia de la Sala Constitucional (caso Defensoría del Pueblo contra Asamblea Nacional de fecha 30 de junio de 2000) lo pone de relieve cuando indica que una vez precisado el contenido de esas acciones (mediante la definición del interés colectivo y difuso), “tiene también esta Sala que determinar quienes son los legitimados para intentarlas”.

A estos aspectos referiremos nuestra intervención, es decir, a la definición de estos intereses, y al análisis de su representación judicial, teniendo en cuenta, la doctrina y jurisprudencia anterior al texto del 99, con sus avances, así como, obviamente, la interpretación que de estos se ha hecho bajo la vigencia de la nueva Constitución, por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y, finalmente, en cuanto al alcance de la protección que por esta vía puede lograrse, de acuerdo a esa decisión del Supremo Tribunal.

1.- La noción de interés difuso y colectivo

El maestro español Jesús González Pérez, para quien por cierto el tema de la protección jurídica del ciudadano ha sido tema de profundo análisis y preocupación, como lo demuestra la obra que en su homenaje se realizara al respecto, ha diferenciado con mucha claridad el interés colectivo y el difuso, además del que denomina plural.

¹⁰ Así lo precisa la sentencia de la Sala Constitucional de fecha 30 de junio de 2000 (caso Defensoría del Pueblo contra Comisión Legislativa Nacional).

Conforme a este autor¹¹: (i) interés plural es el mismo interés individual de unos sujetos que se encuentran en una misma situación. Es por tanto una suma de intereses individuales¹², (ii) interés colectivo es el que trasciende al individual y en el que encuentran una serie de personas unidas por un vínculo jurídico, como sería el que atañe a los miembros de una profesión, en cuyo caso sería incuestionable la legitimación de la corporación que los agrupa para accionar en protección del mismo; e (iii) interés difuso es el que corresponde a una serie de sujetos indeterminados, entre las que no existe vínculo jurídico, de modo que la afectación de todos ellos se deriva de razones contingentes. Pertenecen a un grupo indeterminado o prácticamente de difícil determinación, cuyos intereses no se hallan vinculados en una relación jurídica concreta y que se refieren a un bien indivisible en el sentido de que es insustituible por una división de cuotas o fracciones adjudicables a cada uno de los intereses. En este caso —señala— es muy difícil admitir la legitimación en base a las categorías tradicionales de interesado, más simple y sencillo sería admitir la acción pública como lo ha hecho el ordenamiento jurídico español.

La profesora Hildegard Rondón de Sansó, tiene, en relación con el concepto de estos tipos de interés, criterio diametralmente opuesto, pues estima que el interés es colectivo cuando está referido a grupos humanos en general que afecta sujetos no determinados (justicia, buena marcha de la administración, buen uso de los recursos públicos, aprovechamiento natural de los recursos) y este interés colectivo se convierte en difuso cuando radica en personas que aducen su lesión directa por encontrarse en una específica situación de hecho frente al acto u omisión de un organismo público¹³.

Tal criterio se encuentra expuesto en la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 2-5-1996, caso Petróleos de Venezuela, en la que bajo su ponencia se afirma que: “.. no puede confundirse la noción del interés difuso con la del interés colectivo,

¹¹ González Pérez, Jesús. Las partes en el proceso, terceros intervinientes, coadyuvantes. “Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías”. Edit. Jurídica Venezolana. Caracas, 1995. Págs. 338-392.

¹² Por eso dijimos precedentemente que este tipo de interés es el que protege mediante la extensión de los efectos del fallo, pues se exige una intervención directa en la que se evidencie fehacientemente la coincidencia de situaciones jurídicas subjetivas entre la parte accionante y el solicitante de la extensión.

¹³ Texto de la Ponencia de la Dra. Sansó para las Jornadas de reflexión organizadas por Provea.

aun cuando entre ellas exista una relación de especie a género, ya que este último está representado por el interés colectivo y la especie es el interés difuso (...) el interés colectivo es el de toda la comunidad (interés a la seguridad pública; a la puntualidad del transporte colectivo; a la eficiencia de los hospitales; a la idoneidad de los maestros: a la pureza del aire, etc) en cuanto que el interés difuso es el de un grupo particularmente afectado por un acto concreto de la Administración, grupo éste, cuyos integrantes si bien no están identificados uno a uno ni tampoco puede cunaticarse su entidad, si son perfectamente ubicables en un tiempo y lugar específicos.”

La Constitución del 99, puede decirse que partió de un criterio similar al del profesor González Pérez para la consideración de estos dos tipos de interés. Ello puede deducirse de los Diarios de Debate de la Asamblea Nacional Constituyente en los que se lee:¹⁴ “En cuanto a la expresión de intereses colectivos y difusos, es un avance en la protección de los derechos de la persona que no corresponden a una persona en particular, sino en cuanto a los intereses colectivos que corresponden a una colectividad de personas, puede ser una asociación de vecinos, los vecinos de una urbanización, o un sindicato o un gremio tienen un interés colectivo, todos forman parte de la colectividad y, por tanto, tienen interés en ese elemento colectivo.

En cuanto a los intereses difusos son aquellos intereses, como lo dice la palabra, más difusos, porque no es una colectividad en particular pero, por ejemplo. Es el derecho del consumidor, el derecho del usuario del transporte público colectivo; no hay ninguna asociación de usuarios del Metro, que estén inscritos y que lo usen exclusivamente, pero hay una colectividad que usa eso, y ese interés, por ejemplo, del usuario del transporte colectivo o del consumidor de determinados bienes o los intereses frente a la protección del ambiente, esos son los que se califican “intereses difusos”.”

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional, aun cuando la Constitución utilizó en el artículo 26 la conjunción copulativa “o”, pues dice intereses colectivos o difusos, la Sala Constitucional señaló que ello no significa que “ambos forman una sola cate-

¹⁴ Sesión del 6 de noviembre de 1999, intervención del Constituyente Allan Brewer-Carías.

ría”, antes bien precisó el contenido de cada uno de ellos, de manera muy coincidente con la postura del profesor González Pérez y con lo señalado en el debate constituyente.

En este sentido, la Sala indicó que con este tipo de intereses no se trata de privilegiar clases sociales, sino a un número de personas que representen a un segmento cuantitativamente importante de la sociedad, “ante los embates contra su calidad de vida, en sus derechos y garantías constitucionalmente destinados a mantener el bien común” que en forma colectiva se van disminuyendo por la acción u omisión de entes públicos o privados.

Define la Sala por calidad de vida como el “producto de la satisfacción progresiva y concreta de los derechos y garantías constitucionales que protegen a la sociedad como ente colectivo, como cuerpo que trata de convivir en paz y armonía (...) por lo que no es el producto de derechos individuales como en contenido puntualmente en el Capítulo de los Derechos Humanos, sino el desenvolvimiento de disposiciones constitucionales referidas a la sociedad en general, como lo son —a título enunciativo— los artículos 83 y 84 que garantizan el derecho a la salud; el 89, que garantiza el trabajo como hecho social; los derechos culturales y educativos contenidos en los artículos 99, 101, 102, 108, 111, 112 y 113 de la Carta Fundamental; los derechos ambientales (artículos 127 y 128 eiusdem); la protección del consumidor y el usuario (artículos 112 y 114); el derecho a la información adecuada y no engañosa (artículo 117); los derechos políticos en general.”

Véase sin duda la coincidencia de criterio entre el Máximo Tribunal y la doctrina antes expuesta. Luego, para distinguir entre el interés de naturaleza colectiva y el difuso, la Sala indica:

- (i) el interés difuso se refiere a un bien que atañe a la comunidad, que es asumido por los ciudadanos que no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, entre los cuales no existe un vínculo jurídico. Son los de mayor cobertura, que surgen de una prestación de objeto indeterminado, cuya omisión afecta sin distinción a todos, aunque la mayoría pueda no sentirlo, porque la cultura colectiva puede fallar en su reconocimiento;

- (ii) el interés colectivo se refiere por el contrario al que atañe a un grupo, determinable como tal, aunque no cuantificado ni individualizado y respecto de cuyos integrantes existe o puede existir un vínculo jurídico que los una entre ellos (grupos profesionales, grupos de vecinos, gremios, habitantes de un área determinada). Surgen de una prestación concreta, pero exigible por personas no individualizables.

Ambos tipos de interés se contraponen al individual, en el que la lesión debe estimarse concreta, personal, aunque nada impide que existan lesiones mixtas en las que se afecte el interés de un individuo y uno de naturaleza supraindividual.

La acción que intentaba la Defensoría del Pueblo se refería a la protección de intereses difusos, desde que se perseguía la protección de todos los venezolanos en sus derechos a la participación ciudadana (art. 62, 70 y 296 de la Constitución).

El interés sería colectivo en caso de que, por ejemplo, como ocurrió en reciente juicio, ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, una empresa accionase para proteger el derecho a la salud de sus trabajadores. Aquí existe un grupo determinable y además vinculado por un nexo jurídico preexistente.

2.- Legitimación

Una vez aceptada la protección del interés difuso mediante acciones de los propios particulares, surge el problema de la legitimación, esto es, de a quien debe conferirse la capacidad para ejercer la representación de tales intereses.

Las Constituciones modernas se preocuparon en demasía por la protección y reconocimiento de los derechos individuales, centrando el Estado de derecho en el derecho de los individuos y no en el de estos como grupo organizado —la sociedad-, si bien se reconocían derechos sociales, su efectividad estaba supeditada a la protección individualizada de cada uno de los sujetos, negándose que el conjunto de individuos pudiera alegarlo y menos aún ejercer las garantías destinadas a su protección.

El ejercicio individual de la protección de los derechos se estimaba suficiente para la efectividad de los mismos, pero la representación de esos intereses colectivos o difusos sólo podía ser asumida por los órganos estatales, creados a esos efectos, y en base al principio de la representatividad.

De manera que —como señalan Ruggeri y Pérez Perdomo¹⁵— ante la afectación del interés individual nadie más apropiado que el afectado para intentar una acción en justicia para su restauración, pero si la disatisfacción era compartida por centenares de usuarios, el Estado se contentaba en dar como repuesta su propia representación, como gestor del bien común, representación ésta que resultaba limitada, desde que es el mismo el que produce, a través de otro de sus órganos, la afectación indebida, y es posible que los funcionarios no se sientan concernidos.

De allí que debía pensarse en la representación privada de esos intereses y esto es precisamente lo que se deriva del artículo 26 de la Constitución del 99. Es decir, que hoy al lado de la representación que de estos intereses hace el propio Estado (a través de la Defensoría del Pueblo), se reconoce la posibilidad de que sean particulares los que acudan a la Administración de Justicia para hacer valerlos.

El artículo 26 mencionado en efecto consagra: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. (...) (omissis).”

Se ha verificado por tanto un cambio fundamental, como es la protección constitucional del interés difuso o colectivo, pues (i) de una parte se ha atribuido a un órgano —la Defensoría del Pueblo¹⁶— específicamente su protección —y no como antes que se derivaba de una atribución genérica del Ministerio Público para velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales¹⁷ y, por la otra, se ha reconocido la

¹⁵ Pérez Perdomo Rogelio y Ruggeri, Ana María. La protección de intereses difusos, fragmentarios y colectivos en el derecho venezolano.

¹⁶ Artículo 281, numeral 2 de la Constitución del 99.

¹⁷ Artículo 220, ordinal 1° de la Constitución del 61.

posibilidad de que la acción sea intentada por un particular en representación del colectivo afectado o de la comunidad en general.

Esta posibilidad la fundamenta la Sala Constitucional, en el fallo antes comentado, en que bajo el nuevo Texto Fundamental, tenemos “un estado social de derecho y de justicia cuya meta no es primordialmente el engrandecimiento del estado sino el de la sociedad que la conforma, con quien interactúa para la búsqueda de tal fin”.

Un estado que “persigue un equilibrio social que permita el desenvolvimiento de una buena calidad de vida” y en el que se dota “a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelén la calidad de vida que desean como parte de la interacción o desarrollo compartido Estado-Sociedad.” Califica estos derechos de control como parte de los derechos cívicos, que concretan la democracia participativa que es base cardinal del nuevo esquema filosófico del estado Venezolano.

Pero no por ello puede afirmarse que se esté ante una acción popular. Si bien la indivisibilidad del derecho otorgado a la comunidad de defenderse ante las violaciones generales había contribuido a que en muchas legislaciones se otorgase la acción legal para su ejercicio a entes públicos o privados, que se erigían en representantes de legales de la población en general o de sus sectores, impidiéndose el ejercicio individual, no es menos verdad que hoy no se ha concebido una acción popular en esta materia, ya que en el artículo 26 se ha otorgado a los ciudadanos un derecho procesal de accionar, lo que le impone, en consecuencia, esgrimir el derecho subjetivo común, con invocación de la porción subjetiva del interés colectivo o difuso en beneficio del cual se acciona.

Por tanto “cualquier persona capaz, que va a impedir el daño a la población o a sectores de ella a la cual pertenece, puede intentar una acción por intereses difusos o colectivos”, cuyo objeto debe ser la defensa grupal.

Pero hay una diferencia entre el interés colectivo y el difuso, como se ha visto, y ello determina igualmente una distinción entre la legitimación exigida a los particulares para ambos casos.

La legitimación por ende, se distingue cuando se acciona en defensa de los intereses colectivos o difusos de la siguiente manera:

- (i) Cuando se trata de intereses difusos: No se requiere que el accionante tenga un vínculo previo con el ofensor, pero debe invocar su derecho o interés compartido con la ciudadanía. La sentencia de la Sala señala que el accionante debe personalmente temer la lesión o haberla sufrido o estarla sufriendo como parte de la ciudadanía. Ello excluye de legitimación a quienes no estén domiciliados en el país o no puedan ser alcanzados por la lesión. De allí que no sea una acción popular.
- (ii) Cuando se trate de intereses colectivos: El accionante requiere basar su acción en su condición de miembro o vinculado al grupo o sector lesionado —componente de esa colectividad— y que por ello sufre la lesión conjuntamente con los demás con quienes comparte el derecho o interés.

En todo caso, conforme a la jurisprudencia de la Sala Constitucional el juez, aun cuando no se invoque la representación de intereses colectivos o difusos, de constatar tal circunstancia deberá notificar a la Defensoría del Pueblo o a los entes que la ley establezca en particulares materias (casos de protección al consumidos, Urbanismo, etc¹⁸) y además hacer saber mediante edicto a todos los interesados, salvo que se trate de procesos en los que se atribuya representación legal al accionante o donde la ley los excluye, quienes podrán intervenir como terceristas.

En conclusión tienen legitimación en materia de intereses difusos o colectivos los siguientes sujetos:

- 1.- La Defensoría del Pueblo;
- 2.- Los entes públicos especialmente designados por ley a estos efectos;
- 3.- Los particulares, sin distinción alguna, siempre que cumplan con las exigencias antes señaladas, pertenencia al grupo o sector afectado;

¹⁸ Artículo 10, numeral 2 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario; y 102 de la Ley de Ordenación Urbanística.

- 4.- El carácter amplio que debe dársele a la interpretación del artículo 26 de la Constitución permite establecer como legitimados igualmente —según el fallo de la Sala Constitucional- “a las asociaciones, sociedades, fundaciones, cámaras, sindicatos y demás entes colectivos cuyo objeto sea la defensa de la sociedad, siempre que obren dentro de los límites de sus objetivos societarios”.

3.- Efectos

La acción por intereses difusos y colectivos no puede seguir una pretensión individual. La principal pretensión es el restablecimiento de la lesión de respecto de la colectividad.

Las acciones son siempre de condena y no mero declarativas o constitutivas. Los efectos del fallo son erga omnes, ya que benefician o perjudican a toda la colectividad en general o a sectores de ella y produce cosa juzgada al respecto, salvo modificaciones en los hechos que han originado la demanda, lo cual podría dar lugar a una nueva acción para lograr la protección antes negada o el planteamiento de la posibilidad de que se permita la conducta ante prohibida respecto del agresor.

Como entre los accionantes y los accionados no existe vínculo jurídico no se permiten pretensiones relativas a obtener efectos extensivos de relaciones contractuales¹⁹.

En materia de indemnizaciones debe distinguirse:

- 1) En materia de indemnización a favor de víctimas no individualizadas, sólo el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo podrían pretenderlas,²⁰ por ello en materia de in-

¹⁹ No podría entonces aceptarse, como lo hizo la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia al declarar con lugar el recurso por abstención ejercido por funcionarios del Ministerio de Educación ordenarse a éste la adopción de las previsiones presupuestarias correspondientes a los fines de incrementar la remuneración de los docentes jubilados y pensionados, extendiendo a todos los pensionados y jubilados que se encontrasen en la misma condición de los actores los efectos del fallo.

²⁰ Ello en base al artículo 46, primer aparte del Código Procesal Penal y 281, numeral 2 de la Constitución. El artículo 46 dispone: “Cuando se trate de delitos que hayan afectado el patrimonio de la República, de los Estados o de los Municipios la acción civil será ejercida por el Procurador General de la República o por los Procuradores de los estados o por los Síndicos Municipales, respectivamente, salvo cuando el delito haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones caso en el cual corresponderá al Ministerio Público. Cuando los delitos hayan afectado intereses colectivos o difusos la acción civil será ejercida por el Ministerio Público.”

tereses difusos sólo estos órganos podrían ejercer la acción en nombre de terceros.

- 2) Los particulares admitidos para representar el interés colectivo o difuso no pueden pretender indemnizaciones para ser repartidas entre quienes no la demandan, pues ella responde a un derecho subjetivo personal en obtenerla.
- 3) Por intereses colectivos: Las indemnizaciones sólo pueden ser pedidas por las personas jurídicas para sus miembros constituidos, conforme a derecho, sin que puedan beneficiarse de ellas.

Para finalizar el tema de los intereses difusos y colectivos, queremos destacar lo relativo a la competencia jurisdiccional para su protección. En este sentido, la Sala Constitucional en la decisión que aquí se ha comentado afirma que su protección es materia del dominio de lo constitucional, ya que “estos derechos de defensa de la ciudadanía vienen a ser el desarrollo de valores básicos de la Constitución y del derecho positivo, por lo que debe corresponder a esa Sala Constitucional el conocimiento de tales acciones, mientras la ley no lo atribuya a otro tribunal.”²¹

Se ampliaría así el ámbito de competencias de Sala Constitucional en primera y única instancia, más allá del fuero subjetivo que prevé el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

²¹ Como sería el caso del artículo 46 del Código Procesal Penal, 102 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística o 77 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

LA TUTELA CAUTELAR DE URGENCIA EN LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Román J. Duque Corredor

“El régimen constitucional quedaría incompleto, si después de haber sometido la Administración a la ley, no la hubiere sometido a la justicia” (Sarría, “Derecho Administrativo”, Córdoba, 1.950, página 109)

1. Las tutelas jurisdiccionales diferenciadas

A los órganos de administración de justicia además de la función jurisdiccional de conocer de las causas y asuntos de su competencia y de ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias, que les atribuye el artículo 253 de la vigente Constitución, les está conferida igualmente de manera general, en el artículo 26 de la misma Constitución, la tutela efectiva de los derechos e intereses de las personas que acudan ante ellos para hacerlos valer y obtener con prontitud la decisión correspondiente. En otras palabras, que el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los órganos del Poder Judicial debe bastarse asimismo no solamente para dirimir los conflictos con carácter definitivo, sino también para darle una adecuada y tempestiva protección a los derechos controvertidos. Surge, entonces, dentro de la función jurisdiccional, las llamadas **“tutelas jurisdiccionales diferenciadas”**, distinguiéndose dentro de ellas la **tutela ordinaria**, cuyo rasgo principal es la cognición plena para otorgar la satisfacción requerida y la **tutela diferenciada preventiva**, para el caso de derechos infungibles, que no se satisfacen con resarciciones patrimoniales, sino con la eliminación o neutralización de la frustración que puede producir la secuela del proceso. Dentro de esta tutela jurisdiccional diferenciada preventiva, se reconoce a los jueces la denominada **tutela de urgencia cautelar**, que en los casos en los cuales se reclama ante los órganos del Poder Judicial contra lo ilegal y lo ilícito, tiene como finalidad evitar que la ilegalidad y la ilicitud se vuelva irreparable, por lo que la protección que otorga puede coincidir con los efectos de la decisión de fondo, dado su carácter instrumental y complementario de la tutela jurisdiccional diferenciada ordinaria. Inclusive, dentro de la **tutela jurisdiccional de urgencia cautelar**, se puede hablar de la **tutela**

de urgencia satisfactiva, para aquellos casos en que la pretensión procesal tiene una *probabilidad intensa*, o elevada posibilidad de ser acogida en la sentencia definitiva y, además, *infungible*, es decir, irremplazable, sin posibilidad de que pueda ser sustituida por otra reparación. Por otro lado, la tutela de urgencia respecto de su trámite debe corresponder con su nivel de exigencia temporal, y por tanto, deber resolverse dentro del cauce de un proceso urgente. En otras palabras, que el juez debe resolver sobre la tutela de urgencia sobre la base de una cognición sumaria, con la información inmediata e instantánea, y para completar su característica, la decisión que la otorgue debe ser de ejecución inmediata. Este tipo de tutela de urgencia satisfactiva ha sido reconocido incluso en juicios breves y sumarios, como lo es el proceso de amparo constitucional, en la jurisprudencia constitucional, en los casos que por el trámite de dicho proceso, a pesar de su celeridad y sumariedad, *“se hace necesario suspender el peligro que se cierne sobre la situación jurídica que se dice infringida o evitar que se pueda continuar violando antes que se dicte el fallo del proceso de amparo; y dentro de un estado de Derecho y de Justicia ante esa necesidad, el juez de amparo puede decretar medidas precautelativas”* (Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 24 de marzo del año 2.000, Caso “Corporación L’ Hoteles, C.A., Expediente N° 00-436). Inclusive, en estos casos, según la interpretación de la Sala Constitucional no se le pueden exigir al peticionante los requisitos clásicos que para toda medida preventiva exige el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, con medios de prueba que lo verifiquen, así como tampoco el requisito específico que señala el artículo 588, *eiusdem*, sino que basta la ponderación del juez sobre la urgencia de que se restablezca o repare la situación infringida (Vid, sentencia citada).

2. La tutela de urgencia como potestad propia de la jurisdicción contencioso administrativo

Pues bien, la referida tutela de urgencia, en mi criterio, está reconocida dentro de la competencia de los órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa de anulación de los actos administrativos contrarios a derecho y de conocimiento de acciones de condena y de reparación por la responsabilidad de la administración, en el artículo 259, de la actual Constitución, en su **parte final**, cuando se le atribuye a dichos órganos competencia, además de la anterior, para *“disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas*

lesionadas por la actividad administrativa". Esta norma, de manera específica, y con el apoyo del artículo 26 del Texto Constitucional citado, otorga a la jurisdicción contenciosa administrativa potestad para dispensar la tutela cautelar de urgencia satisfactiva, en los procesos que conozca, dentro de un trámite de urgencia, de cognición sumaria, con fundamento en la información inmediata e instantánea suministrada, sin notificación de la parte afectada, para que la decisión tenga, a su vez, ejecución inmediata. Tutela jurisdiccional ésta diferenciada e independiente de la tutela preventiva a que se contrae el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aún en vigencia, y diferenciada de la tutela cautelar innominada a que se refiere el Parágrafo Primero del artículo 588, del Código de Procedimiento Civil.

3. La tendencia a la extensión de la función jurisdiccional de los órganos contenciosos administrativos como sistema de protección de los derechos ciudadanos

El criterio anteriormente expuesto, se inscribe dentro de la tendencia de extender las potestades judiciales de los órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa para que al igual que los de la jurisdicción ordinaria puedan juzgar con efectividad y garantizar los efectos de sus decisiones, sobre todo cuando el demandando es un ser privilegiado procesalmente como lo es la administración pública. Además, la plenitud de la función jurisdiccional del contencioso administrativo la impone el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, que no solo implica el acceso a órganos imparciales, independientes y preestablecidos en la ley, sino que su reconocimiento, en los términos contemplados en el artículo 26 de la vigente Constitución, ha de darse en cualesquiera que sea la rama judicial o materia y las personas de las partes. En efecto, dicho derecho es un verdadero derecho a la justicia, es decir, a juzgar y a que se garantice lo juzgado. Ello significa, en consecuencia, que en cada orden de jurisdicción los órganos judiciales estén dotados de una función jurisdiccional plena para que puedan otorgar una tutela judicial efectiva, como lo exige la norma constitucional citada. De no ser así, entonces, en la jurisdicción contenciosa administrativa, el proceso no sería un instrumento fundamental de la justicia, de acuerdo con la finalidad que le atribuye el artículo 257, del citado Texto Constitucional. En concreto, que este orden de jurisdicción para que pueda dispensarse una tutela jurisdiccional efectiva, y para que el derecho a la

justicia no sea una entelequia, además que no debe excluirse de su competencia ninguna pretensión en contra de la Administración, y que han de eliminarse privilegios procesales excesivos, las potestades de sus órganos judiciales deben ser plenas.

La ampliación y extensión de estas potestades están comprendidas en la competencia general atribuida a la jurisdicción contencioso administrativa, para “ *disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa*”, en la parte final del artículo 259 de la actual Constitución. Esta competencia es similar a la potestad que se confiere a la justicia constitucional, con relación al derecho de amparo, en el artículo 27, **eiusdem**, para “ *restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella*”. Potestad esta que sirve de fundamento a la tutela de urgencia en este orden de jurisdicción, como lo interpretó la Sala Constitucional en la sentencia citada de fecha 24.03.2.000 (Caso “ Corporación L’ Hoteles, C. A.”). En este orden de ideas, la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que la justicia constitucional, es un sistema procesal de protección de los derechos ciudadanos. Es más, sin el reconocimiento de la tutela cautelar de urgencia, dentro de las potestades de los órganos judiciales del orden contencioso administrativo, en atención a lo dispuesto en la parte final del artículo 259, antes citado, la competencia de esta jurisdicción especial no alcanzaría la plenitud deseada por el constituyente. Y su sistema procesal no sería un instrumento fundamental para obtener la justicia. En mi criterio, en el artículo mencionado se consagra una norma y los principios para que a través de una jurisprudencia progresiva la justicia contencioso administrativa logre la plenitud de jurisdicción, que conforme al artículo 253, **eiusdem**, corresponde a los órganos del Poder Judicial, sin diferencia alguna respecto de la materia de su competencia y de las condiciones de las partes.

4. La apariencia del buen derecho como motivo suficiente para la procedencia de la tutela cautelar de urgencia en el contencioso administrativo y los dogmas del derecho administrativo

La incapacidad de los sistemas procesales contenciosos administrativos ha preocupado a más de uno, hasta el punto que se duda

que si aún con toda la tendencia jurisprudencial de extender su jurisdicción, existe la tutela judicial cautelar en esta rama judicial. En verdad, la jurisprudencia ha ido admitiendo, no sin dificultad, la procedencia de medidas cautelares distintas a la clásica de suspensión de la ejecución del acto, que es la única que se prevé legislativamente en la justicia contencioso administrativa. Por aplicación supletoria de la potestad cautelar de los órganos de la jurisdicción ordinaria la jurisdicción contencioso administrativa ha permitido tímidamente prohibir algunos efectos de los actos demandados en nulidad, pero sin que se hubiere atrevido a dictar medidas cautelares positivas, como la de autorizar provisionalmente ciertos actos prohibidos por los actos impugnados. También nuestra doctrina jurisprudencial ha tenido reticencia para admitir la procedencia de la medida de suspensión de la ejecución de los actos administrativos, por la apariencia de un buen derecho de la pretensión, sin que se evidencie la irreparabilidad de los perjuicios derivados de la ejecución de tales actos, por no apartarse de la literalidad del texto del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Esto, por cierto, supone la revisión de un dogma del derecho administrativo, como lo es la presunción de legitimidad y de la ejecutoriedad de las decisiones administrativas, que en el caso de actos ablatorios de derechos individuales, da lugar a abusos y arbitrariedades, que de no aceptarse el carácter de protección de los derechos ciudadanos de la jurisdicción contencioso administrativa, en este orden jurisdiccional el derecho a la justicia es una burla y los jueces unos lugartenientes de la administración. Sin embargo, como dice, *DROMI*, que la afirmación de tales presunciones de legitimidad y ejecutoriedad “*no implica la total vigencia del acto dictado, ya que (omissis) en resguardo de los derechos de los administrados y de la propia legalidad objetiva, aparecen las medidas cautelares para evitar el aniquilamiento de los derechos e impedir la perturbación del orden jurídico. La providencia cautelar no desconoce la legalidad, sino que la asegura; tampoco deroga la ejecutoriedad, sino que sólo la posterga a las resultas de un proceso administrativo. Negar la procedencia de la tutela cautelar es negar la posibilidad de que realmente impere la legalidad y que la virtud de la justicia rija, en definitiva, el funcionamiento administrativo*” (“Acto Administrativo”, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1.973, páginas 86 a 88).

En razón de lo expuesto, entonces, la extensión de las potestades judiciales en esta jurisdicción, con fundamento en la parte final del artículo

259, de la vigente Constitución, para que el derecho a la justicia sea efectivo y los jueces verdaderos jueces, ha de permitir analizar en cada caso la situación de hecho concreta, y de decidir en razón de su característica, si esa situación presenta una apariencia de buen derecho, lo cual es suficiente, para que si presenta una apariencia de buen derecho, otorgar la protección solicitada, con el sólido y único fundamento de la parte final del artículo 259, **eiusdem**. De admitirse lo anterior, habremos llegado a esta extensión de la jurisdicción contencioso administrativa; sobre todo cuando la jurisprudencia tome en cuenta la seriedad de la demanda como exigencia suficiente de la tutela cautelar en esta rama de la justicia. Así, entonces, la jurisdicción contenciosa administrativa será en verdad un sistema procesal de protección de los derechos ciudadanos. En este sentido, debe recordarse, la acertada afirmación de *DROMI*, que “*aún en ausencia de disposiciones expresas, los jueces pueden disponer la suspensión del acto administrativo y otras medidas de no innovar, con el propósito de evitar injustos sacrificios a los derechos individuales*” (“Instituciones de derecho administrativo”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1.973, página 257, número 107)

Finalmente, la cuestión del interés público para acordar o negar la tutela cautelar en el orden contencioso administrativo, que es otra de las verdades de fe en el contencioso administrativo, merece diversas consideraciones. En primer término, para decidir sobre la procedencia de la medida de suspensión debe juzgarse si en verdad dicho interés se satisface o no con la ejecución inmediata del acto. Es decir, si ciertamente el interés público exige la ejecución del acto, valorando en qué medida puede afectarse con la suspensión. En segundo término, si el interés público requiere que el acto se ejecute, no sólo los requisitos de la tutela cautelar deben ser más rigurosos, sino que también el proceso debe terminar rápidamente. Lo que apuntala el proceso oral también para el contencioso administrativo. Por último, el principio que debe orientar esta cuestión ha de ser que si no se evidencia qué perjuicios se causan para el interés público o para terceros, bajo la apariencia de buen derecho la tutela cautelar debe ser la regla general.

¿Será temerario sostener esta postura? Sin embargo, ante la duda, junto con *GUILLERMO SNOPEK*, ante la misma pregunta, prefiero recordar el concepto rústico y popular de la cuarteta de Martín Fierro,

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR

*“ Se debe ser más prudente,
cuando el peligro es mayor,
siempre se salva mejor
andando con advertencia ” (Sic).*

Y, así, entonces, concluir estas líneas sobre la tutela cautelar de urgencia en la jurisdicción contenciosa administrativa, con la expresión del autor citado, “ *Más vale prevenir que curar*”, ante la crítica a la extensión de las potestades de los jueces de esta rama judicial (“ *Medidas Cautelares en contra de la Administración Pública*”, Librería Editora Platense, SRL, La Plata. 1.985, páginas 30 y 31).

BASES CONSTITUCIONALES DE LA EDUCACIÓN

Gustavo José Linares Benzo

La Constitución de 1999 y las normas dictadas por la actual Administración significan aparentemente cambios de bulto en el régimen de la educación básica y diversificada en Venezuela. Sin embargo, como se verá en estos lineamientos esenciales de este régimen, éste se mantiene prácticamente igual al anterior a aquellos cambios normativos. La Constitución de 1999 mantiene la educación como un derecho doble: a recibirla y a impartirla, mientras que la reglamentación de la Ley Orgánica de Educación (LOE), para ser compatible con la regulación constitucional, tampoco se aparta de la disciplina anterior.

Así, los grandes desórdenes de la legislación educativa han permanecido a pesar del cambio constitucional. Se trata de un régimen cuasitotalitario, que hace depender todo acto educativo de los funcionarios del Ministerio de Educación, asfixiando las potestades estatales y municipales y cancelando los derechos a educarse y a educar garantizados en la Constitución de 1999.

De nuevo, la esperanza está en las regiones. Sólo un proceso audaz de legislación estatal en materia educativa, que ignore las estrechísimas e inconstitucionales medidas de LOE y sus disposiciones complementarias, puede dar a la educación, pública y privada, la libertad que es su humus. A ello espera contribuir este trabajo.

En primer lugar se estudiará el ordenamiento de la educación, para luego descender a LOE y sus reglamentos.

I. LA EDUCACION EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

1. Bases constitucionales de la educación

La Constitución de 1999 (C) regula la educación de manera semejante a la anterior de 1961, inspirada ésta a su vez en principios de concurrencia entre el sector público y privado. Sin embargo, la nueva disposición que otorga rango constitucional y prevalente a los pactos internacionales de derechos humanos (art. 23), hace que todo el sistema

educativo deba interpretarse bajo una nueva luz: la posición preferente de los padres y madres en la escogencia de la educación de sus hijos.

En efecto,

“Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26,3)

Estas disposiciones internacionales son las de mayor rango y alcance normativo dentro del sistema de educación venezolano.

De esta manera, la Constitución de 1999 es la que más libertad otorga a las familias en la escogencia y participación en la formación de los menores, lo que se ve a su vez reforzado por la redacción del artículo 102 de la Constitución, que expresamente consagra la participación familiar en el proceso educativo.

Así, la eliminación del fomento a la iniciativa privada en la educación (art. 79, C 1961) se compensa con la declaración del derecho prevalente de los padres a escoger la educación de sus hijos, cosa que sólo es posible si se permite la convivencia de varios modelos educativos, como solo puede ocurrir con la participación privada en la educación, garantizada también por la propia Constitución de 1999 (art. 106) pero que el Estado debe seguir fomentando para cumplir con el derecho humano preferido de los padres a escoger esa educación. Si el modelo educativo público es el único existente y además es uniforme, es imposible “escoger”, seleccionar entre varias posibilidades. De allí la garantía plena de la libertad educativa tanto en el sector público como en el sector privado.

Cuatro artículos dedica la Constitución a disciplinar la materia educativa:

“Artículo 102.- La educación es un derecho humano y un deber social fundamental, es democrática, gratuita y obligatoria. El Estado la asumirá como función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, y como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad. La educación es un servicio público y está fundamentada en el respeto a todas

las corrientes del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria en los procesos de transformación social, circunstanciados con los valores de la identidad nacional y con una visión latinoamericana y universal. El Estado, con la participación de las familias y la sociedad, promoverá el proceso de educación ciudadana, de acuerdo con los principios contenidos en esta Constitución y en la ley.

“Artículo 103.- Toda persona tiene derecho a una educación integral de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones. La educación es obligatoria en todos sus niveles, desde el maternal hasta el nivel medio diversificado. La impartida en las instituciones del Estado es gratuita hasta el pregrado universitario. A tal fin, el Estado realizará una inversión prioritaria, de conformidad con las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas. El Estado creará y sostendrá instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el sistema educativo. La ley garantizará igual atención a las personas con necesidades especiales o con discapacidad y a quienes se encuentran privadas de su libertad o carezcan de condiciones básicas para su incorporación y permanencia en el sistema educativo.

Las contribuciones de los particulares a proyectos y programas educativos públicos a nivel medio y universitario serán reconocidas como deducciones al impuesto sobre la renta según la ley respectiva.

“Artículo 104.- La educación estará a cargo de personas de reconocida moralidad y de comprobada idoneidad académica. El Estado estimulará su actualización permanente y les garantizará la estabilidad en el ejercicio de la carrera docente, bien sea pública o privada, atendiendo a esta Constitución y a la ley, en un régimen de trabajo y nivel de vida acorde con su elevada misión. El ingreso, promoción y permanencia en el sistema educativo, serán establecidos por ley y responderá a criterios de evaluación de méritos, sin injerencia partidista o de otra naturaleza no académica.

“Artículo 106.- Toda persona natural o jurídica, previa demostración de su capacidad, cuando cumpla de manera permanente con los requisitos éticos, académicos, científicos, económicos, de infraestructura y los demás que la ley establezca, puede fundar y mantener instituciones educativas privadas bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de éste.”

La normativa constitucional construye así tres principios sobre los cuales se estructura el sistema educativo venezolano:

1. Todos tienen derecho a acceder a la educación y a la cultura.
2. Todos tienen derecho a impartir educación, previa demostración de su capacidad y bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado (art. 106).
3. El Estado establecerá un sistema educativo público que asegure a todos el acceso a la educación (art. 103) y orientará y organizará el sistema educativo global para lograr el cumplimiento de los fines le asigne la Constitución (art. 102).

La disciplina educativa constitucional se articula entonces sobre el equilibrio entre los derechos fundamentales educativos -a ser educado y a educar, pasivo y activo- y la posición del Estado que implica la obligación de respetar esos derechos, el cometido de establecer el sistema educativo público y orientar y organizar todo el sistema educativo global (público y privado).

De acuerdo con los fines de este trabajo, se analizarán cada estos puntos teniendo como interés fundamental delimitar el contenido de los derechos educativos constitucionales y su incidencia en la actuación pública.

A. El derecho a acceder a la educación

De acuerdo con el artículo 103 de la Constitución, “toda persona tiene derecho a una educación integral”. Indagar sobre el contenido de esa facultad es fundamental para determinar la conformidad a la Constitución de las normas dictadas en materia educativa.

Tal indagación debe partir del análisis de la naturaleza del derecho contenido en los artículos 102 y 103. En otras palabras, debe determinarse si el derecho a la educación tiene como núcleo la facultad de exigir una prestación positiva de servicios educativos o, únicamente, se trata de un derecho que tiene como contenido la prohibición a terceros de que impidan el acceso a la educación.

Nos inclinamos por la segunda posibilidad. En efecto, entender que el sólo texto constitucional establece una obligación diferenciada y específica en cabeza de sujetos determinados a brindar educación resulta a todas luces impracticable, conforme a los análisis que sobre el carácter prevalentemente negativo de los derechos constitucionales viene adelantado la doctrina extranjera. En otras palabras, considerar que el artículo 103 otorga a cada habitante del país título suficiente para exigir de otro sujeto servicios educativos, sin que medie acto ulterior alguno, haría imposible distribuir adecuadamente las cargas educativas y, en la práctica, se resolvería en que el derecho a la educación sólo correspondería a los que efectivamente puedan atenderse, lo que vaciaría el contenido al derecho fundamental a la educación.

Por ello, consideramos que la expresión “toda persona tiene derecho a una educación integral” ha de entenderse como que todo habitante de Venezuela tiene la libertad originaria de acceder a la educación, libertad que no puede ser positivamente restringida por otros sujetos. Es decir, el derecho a la educación tiene como esencia la prohibición a terceros de que se impida el ejercicio de las distintas opciones educativas que una persona haya escogido sin que ese derecho pueda representar un título suficiente para exigir a otros una positiva prestación educativa.

Los razonamientos anteriores dejan a salvo el análisis que sobre el cometido estatal de establecer un sistema educativo público se hará en su momento. En todo caso, desde ya debe anotarse que ese cometido no funda en cabeza de los particulares un título suficiente para acceder a ese sistema educativo, al menos en su exclusiva y sobria estructura constitucional.

Es necesario, para completar esta tesis del carácter esencialmente negativo del derecho a la educación, referirse al juego propio de esta garantía frente a conductas de terceros, básicamente frente al Estado. En

ese sentido, el derecho a acceder a la educación prohíbe al Estado restringir las opciones educativas que los particulares adopten. Si bien corresponde a este orientar y organizar el sistema educativo global, esa orientación y esa organización, como se verá, en modo alguno significan una disciplina plena y omniabarcante del proceso educativo, que no deje nada al libre juego de la iniciativa particular y que, en definitiva, elimine o restrinja la libertad educativa prevista en el artículo 106.

Podría decirse, abonando esta tesis, que el acceso a la educación garantizado por el artículo 103 no significa el acceso a un tipo de educación predeterminado y uniforme, sino que precisamente funda la posibilidad de un sistema plural de educación, donde los particulares tienen derecho a no ver restringido su acceso a la educación que estiman más conveniente, dentro de los principios que establece la Constitución. Tal libertad de escoger el propio modelo educativo es esencial a la Ley Fundamental, y encuentra su natural complemento en el derecho a impartir educación, que se estudiará más adelante y que posibilita precisamente que frente a la pluralidad de opciones abiertas a los educandos, habrá una pluralidad de modelos educativos dentro de la Constitución que permiten satisfacer las distintas pretensiones de los particulares.

En definitiva, el artículo 103 de la Constitución cancela el modelo educativo único como posibilidad constitucional, dejando abiertas a la decisión de los particulares el tipo de educación que desean, tanto para sí como para sus hijos, de acuerdo con el artículo 75 de la Constitución, y dentro de los principios básicos que también establece la Ley Fundamental.

B. El derecho a impartir educación

Este segundo aspecto es verdaderamente esencial para el presente estudio. De acuerdo con el artículo 106 de la Constitución: “Toda persona natural o jurídica, previa demostración de su capacidad, cuando cumpla de manera permanente con los requisitos éticos, académicos, científicos, económicos, de infraestructura y los demás que la ley establezca, puede fundar y mantener instituciones educativas privadas bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de éste”. Existe, pues, un derecho constitucional a educar, tan amplio como el derecho a acceder a esa educación sin limitaciones indebidas, ya que corresponde a “toda persona natural o jurídica”.

El contenido de ese derecho -“fundar y mantener instituciones educativas”- puede estudiarse desde un doble punto de vista. Por un lado, el derecho a educar garantiza un mínimo de libertad en el ejercicio de la función docente, con independencia de si esa función se ejerce en establecimientos oficiales o privados, al punto de establecerse una carrera docente en la propia Constitución (art. 104). Y, en segundo lugar, otorga una libertad aun mayor para establecer servicios educativos privados, cuyo modelo educativo no tiene mayores límites en su formulación que los establecidos por la Constitución.

En efecto, la libertad de educar no significa únicamente la posibilidad de la iniciativa privada en materia educativa. Representa también la garantía de que la función docente -que es la misma con independencia del establecimiento donde se ejerza- tendrá la libertad suficiente como para ejercerse con la amplitud necesaria para lograr las metas educativas que el maestro o profesor considere más convenientes para sus alumnos y para lograr los fines a que se contrae el artículo 102 de la Constitución. La libertad de cátedra -sea pública o privada- tiene su raíz entonces en los artículos 102 y 104 de la Constitución.

Por otra parte, el derecho a educar abre las puertas a la iniciativa privada en la educación. Esta libertad educativa es necesaria para que puedan coexistir varios modelos educativos dentro del marco constitucional, tal como exige el derecho a acceder a la educación, como se vio. Y esa posibilidad, permítasenos insistir, es el núcleo del derecho a la educación en la Constitución.

En efecto, la libertad educativa -tanto el derecho a la educación como el derecho a educar- es esencialmente la posibilidad de escoger y ofrecer, en cada caso, el modelo educativo que se considere más adecuado para el desarrollo de la personalidad humana, dentro del marco de la Constitución. La Ley Fundamental construye así un verdadero pluralismo educativo, que tiene sus principales manifestaciones en la libertad esencial de la función docente y el juego de la iniciativa privada en materia educativa.

Esa posibilidad de escoger y de ofrecer distintos modelos educativos significa, y ello es capital, la inconstitucionalidad de un modelo educativo único, aunque se trate del modelo que se haya diseñado para el sistema educativo público.

En efecto –y volviendo así al segundo aspecto de la libertad de educar, la iniciativa privada en educación- que la Constitución garantice la educación privada (art. 106) significa mucho más que autorizar al sector privado a educar “como si fuera el sector público”, pretendiendo imponerle el mismo modelo, agotadoramente, que sigue la educación oficial en ese determinado momento. Implica, muy por el contrario, la apertura del sistema educativo a múltiples idearios y modelos, tanto en el sector público como en el privado, modelos que podrán ser tan diferentes como permitan el marco general de valores que establece la Constitución. Así, el artículo 106 es contrariado cuando se entiende que la educación privada es una concesión del Estado, que se resuelve en definitiva en permitir escuelas idénticas a las del sector público, pero con financiamiento privado, como paradójicamente está construido buena parte del ordenamiento educativo vigente.

C. El establecimiento de un sistema educativo público y la organización y orientación del sistema educativo global

El artículo 103 de la Constitución establece como cometido estatal la creación y sostenimiento de instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el sistema educativo.

Esta norma responde a la típica estructura de las “determinaciones de fines del Estado”, es decir, es una disposición que señala al Poder Público un determinado cometido, el cual debe obtenerse mediante el empleo de las potestades que el mismo ordenamiento señala al Estado. Por ello, esta disposición no contiene un verdadero derecho subjetivo constitucional que pudiera ampararse, en los términos a los que nos referimos más arriba.

El contenido de la disposición es muy claro. El Estado –y por tal debe entender la República, los Estados y los Municipios- debe establecer un sistema educativo público, capaz de permitir a todos el acceso a la educación, sin más limitaciones que las derivadas de las aptitudes, vocación y aspiraciones.

Importa sobre manera anotar que ese sistema educativo público es distinto del sistema educativo global a que se refiere el artículo 102 de

la Constitución. En efecto, es meridianamente claro que la Ley Fundamental prevé al menos dos tipos de sistemas educativos: el sistema educativo público -“impartida en las instituciones del Estado” (art. 103), en los términos de la Constitución- y el sistema educativo “privado”. Sobre el primero el sector público posee poderes más amplios, tratándose de un subsistema establecido por él y que es el instrumento de ejecución de sus políticas educativas, los cuales exceden la simple inspección y vigilancia a que se contrae el artículo 106. El propio texto constitucional le asigna como fin primordial “asegurar el acceso, permanencia y culminación (...), sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones”.

El segundo subsistema es el sistema educativo privado, previsto en el artículo 106 de la Ley Fundamental. Este subsistema es en realidad un agregado de modelos educativos distintos, sólo limitados por los fines que la Constitución asigna a la educación tal como se anotó más arriba.

2. La Ley Orgánica de Educación a la luz de la Constitución

Un rápido reconocimiento de la normativa vigente en materia educativa descubre de inmediato una enorme profusión de normas de rango sublegal, dirigidas tanto al subsistema público como al privado sin distinción, que regulan en detalles todos los aspectos de la vida educativa. Frente a tan amplio afán normativo, la Ley Orgánica de Educación (LOE) es sumamente parca en la disciplina del sector educativo, limitándose a establecer los principios fundamentales que rigen al sector.

Esta constatación revela ya la primera inconformidad con la Constitución de la actual normativa educativa: la casi absoluta falta de base legal para incidir sobre el derecho a la educación, tanto pasivo como activo, de acuerdo con el principio de legalidad de las cargas que está en la base del régimen de los derechos constitucionales.

Por razones de la estructura misma de la LOE, centraremos nuestro examen en el análisis del derecho a educar, y de cómo éste es incidido por la Ley.

A. El criterio tradicional de la educación como servicio público y su inconstitucionalidad

Dice el artículo 4 LOE:

“La educación, como medio de mejoramiento de la comunidad y factor primordial del desarrollo nacional, es un servicio público prestado por el Estado, o impartido por los particulares dentro de los principios y normas establecidas en la Ley, bajo la suprema inspección y vigilancia de aquél y con su estímulo y protección moral y material”.

El artículo copiado recoge el criterio tradicional en nuestro medio de que la educación es un servicio público, tanto si es prestado por el Estado como si es impartido por los particulares. Es recogido a su vez en el artículo 102 de la Constitución.

Si se entiende por servicio público toda actividad de interés general cuya gestión corresponde exclusivamente al Estado y sólo con concesión de éste a los particulares, parece evidente que una configuración técnica tal para la prestación de servicios educativos es contraria a los principios constitucionales que gobiernan la educación.

En efecto, entender que la educación es un servicio público no sólo en el caso en que sea impartida por el Estado –supuesto que no sería problemático- sino también cuando es ejercida por los particulares, significaría que impartir educación es una actividad reservada al Estado, la cual sólo podrían ejercer los particulares previa autorización o concesión estatal, de acuerdo con la técnica al uso en ese tipo de limitaciones a los derechos de los particulares. Así, en principio sólo el Estado podría educar; para que a ello puedan acceder los particulares, sería necesaria una concesión o, al menos, una autorización estatal.

Tal construcción es, en nuestra opinión, abiertamente inconstitucional. En primer lugar, ya se vio claramente que la Constitución prevé, en paridad de ámbito al derecho a acceder a la educación, la libertad de educar: “toda persona natural o jurídica puede fundar y mantener instituciones educativas privadas...” (art. 106). Someter ese derecho constitucional a los rígidos módulos del servicio público sería contrario a la esencia de ese derecho, del mismo modo que sería inconstitucional

entender que la maternidad (art. 76 de la Constitución) es un servicio público y que por tanto sólo puede ejercerse previa concesión o autorización estatal. Tan es así, que la técnica de la reserva estatal —la cual constituye al servicio público— está expresamente prevista en la Constitución y solamente en el área económica (art. 302). Tal posibilidad de reserva no existe en el área educativa.

Además, la función estatal en materia del derecho a educar está precisamente acotada en el artículo 106 de la Constitución: el Estado sólo puede inspeccionar la educación privada. Catalogar a ese derecho como un servicio público, con la posibilidad por tanto de someter su ejercicio a autorizaciones u otros controles previos, excede completamente los parámetros constitucionales. Inspeccionar, que se refiere, por propia naturaleza, a una actividad particular ya desarrollada que se supervisa. En cambio, autorizar, conceder, etc., son modos públicos de intervención que suponen un *prius* temporal, una incidencia previa en el derecho de que se trate, incidencia que estaría prohibida por la estructura del artículo 106 constitucional. Dado que la concepción de la educación como un servicio público implica per se esa intervención previa, nos encontramos ante otra razón de inconstitucionalidad de esa concepción.

En conclusión, los parámetros constitucionales prohíben entender la educación, al menos cuando es impartida por particulares, como un servicio público exclusivo y excluyente en manos del Estado. Por tanto, la correspondiente cláusula del artículo 4º LOE es inconstitucional y debe ser interpretado bajo estos criterios.

De allí que sea inconstitucional entender que el derecho a educar está reservado al Estado, y que por tanto solo mediante concesión puedan ejercerlo los particulares. Esa interpretación reconduciría de nuevo la educación al concepto de servicio público en el sentido de exclusividad estatal de su prestación, salvo concesión o autorización. De allí que la expresión “servicio público” deba entenderse como servicio público concurrente, dentro del sistema de BREWER. Así, la educación viene a ser un servicio público que el Estado *está obligado* a prestar y que los particulares *tienen derecho* a ofrecer.

Por ello, no puede considerarse que las potestades de inspección y vigilancia del Estado sobre la educación privada (art. 106C) sean

discrecionales, pues ello implicaría la negación del derecho a educar prevista en ese mismo artículo. La existencia de ese derecho hace que las potestades educativas del Estado sean *esencialmente regladas*, debiendo partir su ejercicio del reconocimiento de la facultad privada a educar y de la debida justificación de su intervención en razones debidamente motivadas y razonables, de acuerdo con las técnicas ya conocidas de control de la discrecionalidad. Una negativa pura y simplemente discrecional del Estado a la petición de que se aceptan centros educativos privados, por ejemplo, sería inconstitucional a tenor del artículo 106C y de los artículos referidos de los tratados de derechos humanos, pues en principio debe presumirse el derecho humano a educar del peticionante y solo el incumplimiento – razonablemente medido- de los requisitos establecidos en el propio artículo 106C puede justificar una negativa.

B. La estatalización de la educación privada en la LOE y su inconstitucionalidad

Tres artículos básicos de la LOE dibujan precisamente el régimen de la educación privada:

“Artículo 55.- Son planteles oficiales los fundados y sostenidos por el ejecutivo Nacional, por los Estados, por los Territorios Federales, las Municipalidades, los Institutos Autónomos y las Empresas del Estado, debidamente autorizados por el Ministerio de Educación. Se denominan privados los planteles fundados, sostenidos y dirigidos por personas particulares. La organización, funcionamiento y formas de financiamiento de estos últimos deberán ser autorizados periódicamente por el Ministerio de Educación. Los servicios e institutos educativos quedan sometidos a las normas y regulaciones que al efecto dicte el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Educación, salvo los casos regidos por leyes especiales.

“Artículo 56.- Todos los planteles privados estarán sujetos a la supervisión y control del Ministerio de Educación, salvo aquellos que se rijan por leyes especiales. Dichos planteles se clasifican en inscritos y registrados. Son planteles, privados inscritos, los que obtengan la inscripción en el Ministerio de Educación y se sometan al régimen educativo que consagra esta ley, sus reglamento y las normas emanadas de las autoridades competentes, con el fin de que sean reconocidos oficialmente los estudios en ellos realizados y a sus alumnos

puedan serles otorgados los diplomas, certificados y títulos oficiales respectivos. Son planteles privados registrados los que no aspiren a tal reconocimiento por parte del Estado, pero que estarán obligados a seguir los principios generales que indica la ley y a cumplir las disposiciones que para ello establezca el Ministerio de Educación.

“Artículo 57.- Los institutos privados que impartan educación preescolar, educación básica y educación media diversificada y profesional, así como los que se ocupen de la educación de indígenas y de la educación especial, sólo podrán funcionar como planteles privado inscritos. (...)”

Es difícil imaginar una habilitación más amplia, general y menos tasada que la dada por estos artículos al Ministerio de Educación sobre la educación privada.

En primer lugar, el artículo 55 somete a una autorización periódica –que en la práctica es anual, increíblemente- la organización, funcionamiento y formas de financiamiento de los planteles privados; además, el artículo 56 sujeta a todos los planteles privados a la “supervisión y control” del Ministerio y, ello es lo más dramático, la clasificación de los planteles privados en inscritos y registrados (art. 56) tiene como único efecto vincular a los primeros al “régimen educativo que consagra esta ley, sus reglamentos y las normas emanadas de las autoridades competentes”, es decir, convertirlos en planteles oficiales pero con financiamiento privado, dado el grado de detalle a que alcanza, como se verá, ese régimen. Y tal vinculación es necesaria nada menos que a fin de que sean reconocidos oficialmente los estudios en ellos realizados y a sus alumnos puedan serles otorgados los diplomas, certificados y títulos oficiales respectivos. En otras palabras, el artículo 56 de la Ley está fundando un modelo educativo monopólico, al exigir a los planteles privados la sujeción al mismo régimen, hasta el detalle, de los planteles oficiales.

Como se vio, tal monopolio es inconstitucional. Si para poder impartir educación con efectos prácticos: reconocimiento oficial –y ello está incluido en el derecho constitucional cuando pone como fin de la educación “desarrollar el potencial creativo”, y no se ve como pueda hacerlo si esa educación no es reconocida públicamente- es necesario sujetarse al mismo e íntegro régimen de los planteles oficiales, inclusive

hasta el grado de detalle que establezcan “las normas emanadas de las autoridades competentes” –es decir, hasta la ínfima norma del Ministerio de Educación- el derecho a educar carecería de contenido, reduciéndose a la mera posibilidad de financiar una unidad educativa que impartirá exactamente el mismo mensaje que una oficial.

En contra no puede alegarse que la ley da espacio a los planteles registrados, que sólo deberán seguir “los principios generales que indica la ley” (art. 56, in fine) ya que tales planteles no pueden acceder a la educación preescolar, básica, media diversificada, y profesional, de indígenas y especial *-id est*, casi toda la educación- y la Constitución no establece tales reservas. Además debe insistirse en que no satisface los parámetros constitucionales la posibilidad de impartir educación no reconocible públicamente, como serían el caso en los planteles registrados, porque el derecho a educar debe resolverse en una formación que desarrolle la creatividad, y ello es imposible si ella no alcanza relevancia pública.

En consecuencia, la letra de los artículos 55, 56 y 57 de la LOE no calza con la Constitución. Sin embargo, de acuerdo con la interpretación conforme con la Constitución del ordenamiento, concluir en la nulidad de estas normas produciría a su vez mayores inconstitucionalidades, ya que no habría título legal a supervisar y vigilar los planteles privados, poderes expresamente previstos en la Ley Fundamental. Debemos por tanto intentar esa lectura conforme, concluyendo en inconstitucionalidad sólo cuando no quede otro remedio.

Comenzando por el artículo 55, debemos analizar la última cláusula del acápite:

“La organización, funcionamiento y formas de financiamiento de estos últimos (los planteles privados) deberán ser autorizados periódicamente por el Ministerio de Educación”.

Esta disposición somete al régimen integral de los planteles privados (no parece haber nada fuera de organización, funcionamiento y financiamiento) a la autorización periódica del Ministerio de Educación. De acuerdo con lo afirmado más arriba, los poderes estatales sobre la educación privada sólo pueden ejercerse *ex-post* –se trata en todo caso de potestades de inspección y vigilancia- y dentro ellos no cabe una potestad general de autorización –previa por naturaleza- de todo el régimen

educativo de los planteles privados. A tal prohibición de empleo de la técnica autorizatoria en educación se une el calificativo, intasado por cierto, de periódica que usa la ley, y que añade arbitrariedad a la figura. Por último, aún en el caso en fuera posible recurrir a las autorizaciones en educación, sería contrario al principio favor libertatis la existencia de un régimen autorizatorio general e ilimitado como el que establece el artículo, que lo convierte en una reserva global que carece de base en la Constitución.

Por lo tanto, la cláusula en estudio es inconstitucional y no parece posible una lectura conforme. Su eventual nulidad, además no traería mayores problemas, ya que el artículo 56 LOE ya prevé poderes de supervisión y control en cabeza del Ministerio de Educación.

Con relación al artículo 56, nuestro examen debe centrarse en buscar una interpretación conforme con la Constitución de su aparente pretensión monopólica de modelos educativos. El artículo establece expresamente que los planteles inscritos –es decir, aquellos que pretenden ofrecer una educación reconocible públicamente- deben:

“someterse al régimen educativo que consagra esta ley, sus reglamentos y las normas emanadas de las autoridades competentes”.

Como ya se vio, tal sometimiento no puede entenderse tan exhaustivo que impida el ejercicio del derecho a educar, que incluye la posibilidad de optar por un modelo educativo cualitativamente distinto oficial, dentro del marco constitucional, fundándose así también la posibilidad de fundar establecimientos educativos cualitativamente distintos de los planteles oficiales. Sin embargo, tal libertad educativa tampoco es absoluta, porque el Estado tiene funciones de inspección y vigilancia, potestades que obviamente han de tener alguna concreción normativa, por lo que tampoco cabe hablar de nulidad de la referida disposición.

Se trata entonces de encontrar un equilibrio entre el derecho a educar y las potestades estatales en la materia, equilibrio que se encuentra en el límite de esas potestades: ¿hasta dónde puede normar el Estado sin violentar el derecho?

La propia Ley Fundamental nos ofrece un estándar perfectamente discernible en el artículo 156, ordinal 24:

“Es de la competencia del Poder Público Nacional:

24. Las políticas y los servicios nacionales de educación y salud”.

Políticas y servicios. Dos conceptos precisamente definidos en la doctrina, y que permiten resolver adecuadamente la interrogante. Las potestades estatales sobre la educación sólo puede resolverse, normativamente hablando, estableciendo las políticas y servicios de educación. Un rápido recordatorio de lo que por tales se entiende demostrará la pertinencia del sistema constitucional.

Política es la orden general, que deja a su destinatario libertad con respecto a los medios para obtenerlo. Como se ve, es el tipo de normativa adecuado para orientar un proceso, cometido que es precisamente el que corresponde al Estado en la educación. Ello, unido a su generalidad, permite descubrir su adecuación a la materia en estudio.

Servicio –por su parte- se refiere al sector público de la educación, a los establecimientos que el Estado debe fundar para garantizar el acceso a la educación. Así, el Estado no puede normar sobre la base de esta competencia: se refiere a la creación del sistema educativo público.

Políticas y servicios. He aquí el punto de equilibrio entre la libertad de educar que establece la Constitución y las potestades normativas estatales en el área. Con ese estándar es posible enjuiciar el artículo 56 LOE y conseguir su lectura conforme a la Ley Fundamental.

En efecto, el sometimiento de los planteles privados inscritos “al régimen educativo que consagra esta Ley, sus reglamentos y las emanadas de las autoridades competentes” sólo existe en cuanto ese régimen contiene políticas, en los términos señalados supra. Si ese régimen contiene una regulación tan detallada que no deja libertad suficiente al operador educativo para escoger los medios más adecuados para obtener los objetivos que el Estado mediante una política –en el entendido que esa política sea general conforme con los fines del artículo 102 de la Ley Fundamental- tal disposición será inconstitucional o, de igual modo, si el

Estado establece disposiciones educativas que, yendo más allá de la política general impiden su desarrollo plural –es decir, de modo diverso, tan diverso como permite el marco constitucional- por los planteles privados, tales disposiciones serán contrarias a la Constitución.

En otras palabras, el régimen educativo al que deben someterse los planteles inscritos para que la educación que imparten sea reconocible públicamente está compuesto exclusivamente por políticas nacionales generales. Así, debe permitir el libre juego del derecho a educar y básicamente, la posibilidad de desarrollar dentro de ese régimen general tantos modelos educativos como permite el marco constitucional.

C. Poderes del Ministerio de Educación sobre el régimen educativo

Dos normas de LOE apoderan al Ministerio de Educación extensas facultades sobre el régimen educativo:

“Artículo 47.- El horario de trabajo diario, la organización del año escolar, los períodos de vacaciones, los lapsos de inscripción, los alumnos, las fechas de apertura y clausura de cursos y demás aspectos relativos a la administración escolar, son objeto de reglamentación y para tal fin se considerarán las peculiaridades de vida y las condiciones de trabajo de las distintas regiones geográficas del país.
En el nivel de educación superior regirán las disposiciones que establezca la ley especial correspondiente.

“Artículo 48.- La planificación y organización del régimen de los distintos niveles y modalidades del sistema educativo será realizado y elaborado por el Ministerio de Educación salvo las excepciones contempladas en la ley especial de educación superior.

A los fines previstos en el presente artículo se promoverá y estimulará la participación de las comunidades educativas y de otros sectores vinculados al desarrollo nacional y regional”.

Tan extensos poderes sobre la administración escolar y sobre la planificación y organización del régimen educativo sólo pueden calzar con la normativa constitucional si se resuelven exclusivamente en políticas generales, tal como expresamos más arriba. Encontramos, así, la primera

aplicación práctica de ese estándar constitucional, aplicación sobre la cual sólo podemos hacer por ahora los siguientes comentarios.

Tal aplicación debe realizarse siempre sobre la normativa concreta que se haya dictado en materia educativa. En abstracto es sumamente difícil determinar si una determinada disposición es o no una política general y, en consecuencia, respeta o no el derecho a educar garantizado por la Constitución. Tales exámenes se harán más adelante, pero no puede dejar de apuntarse ahora que una lectura aún superficial del Reglamento General de la LOE, por ejemplo, describe tal grado de detalle que es difícil encuadrar muchas de sus normas en la categoría de políticas nacionales.

En segundo lugar, debe insistirse en que el núcleo de la libertad de educar es la posibilidad de ofrecer modelos educativos alternativos al modelo oficial. Aunque ello viene garantizado técnicamente mediante la aplicación del parámetro de las políticas, es sobremanera importante traerlo de nuevo aquí a fin de remarcar la prohibición constitucional de convertir a los establecimientos educativos privados en meros repetidores del único y monopólico modelo educativo público, vía una regulación detallada y omniabarcante del régimen educativo.

En tercer lugar, para la correcta -constitucional- interpretación de las potestades del Ministerio de Educación en la materia de la administración y del régimen educativo, siempre debe tenerse en cuenta que las potestades públicas en la materia son de inspección y vigilancia –lo que prohíbe intervenciones a priori- y de política, lo que veda la reglamentación exhaustiva que impide el libre juego de la iniciativa privada en educación hasta donde está garantizado por la Ley Fundamental.

Por último, en esta materia es sobremanera importante una aplicación especialmente intensa del principio *pro libertate* (artículo 20 de la Constitución) de modo que las potestades públicas en el sector educativo restrinjan la libertad de educar sólo cuando sea necesario y en la medida en que sea necesario dentro de los moldes constitucionales.

D. El término “aceptación” en el artículo 106 C

El carácter prevalente de la potestad paterna y materna de escoger la educación de los hijos, que implica necesariamente la existencia y

protección de la educación privada que permite esa escogencia, se ve reforzado por la letra del artículo 106 de la Constitución, que usa el término “aceptación” para referirse a uno de los poderes del Estado sobre ella.

“Aceptación” es vocablo atécnico, sobre todo mucho menos agresivo que el específico de autorización, que hubiera conectado la educación privada con un régimen de sometimiento a decisiones más o menos discrecionales de la Administración competente. En cambio, “aceptar” apunta a un poder que se ejerce frente a un derecho de los particulares, en este caso el de educar, como corolario obligado de ese derecho.

De allí que disciplinar la educación privada con un régimen de autorizaciones, es decir, entendiendo que está reservada al Estado y que sólo mediante esa autorización pueden prestarla los particulares, sería inconstitucional por violatorio del artículo 106 de la Constitución. Como se vio, ello hace nulo el régimen de autorizaciones del artículo 55 de la LOE.

3. Repartición territorial de competencias en materia de educación

Dice BREWER:

“Aparte de las competencias de los Estados enumeradas en el artículo 17 de la Constitución y que son todas de carácter formal excepto por lo que se refiere a la policía urbana y rural, en el texto fundamental pueden identificarse otra serie de competencias que corresponden a los estados, en forma concurrente con las competencias de otros niveles territoriales. “En efecto, la Constitución consagra una serie de competencias que no se reservan a ninguna de las ramas del Poder Público en sentido vertical. Hemos dicho que la totalidad de los entes que conforman la organización política de la Nación, a la que la Constitución engloba bajo el término ‘Estado’, realizan su actividad en ejercicio también de una sola potestad genérica, ‘el Poder Público’, que se distribuye vertical y horizontalmente. Por ello todas las veces que la Constitución utiliza la palabra ‘Estado’, tiene que entenderse comprensivo de la totalidad de los entes que conforman la organización política nacional. En cambio, cuando la Constitución ha querido hablar específicamente de la

República, de los Estados o de los Municipios, lo ha hecho expresamente. Por ejemplo, en la redacción del artículo 124, al establecer que ‘Nadie que esté al servicio de la *República*, de los *Estados*, de los *Municipios* y demás personas jurídicas de derecho público, podrá celebrar contrato alguno con ellos...’. Así, cuando la Constitución ha querido mencionar a las personas jurídicas estatales concretas dentro de la distribución vertical del poder, lo hace expresamente. De resto, cuando utiliza la expresión ‘Estado’ tiene que entenderse que es una expresión comprensiva de todos los órganos que conforman la organización política de la nación, en los tres niveles territoriales, que ejercen las competencias que se han delineado de acuerdo a los principios constitucionales.

“Por tanto el tercer grupo de competencias de los Estados, es el que resulta de las materias que son atribuidas en forma concurrente a la República, a los Estados y a los Municipios. Se insiste, si se analizan en forma concatenada los artículos relativos a los derechos económicos y sociales y los que asignan atribuciones a los Municipios y al Poder Nacional, resulta que hay una serie de competencias atribuidas al *Estado*, como noción que abarca al conjunto de entes orgánico-territoriales de nuestro país (República, Estados y Municipios), y que corresponden en forma concurrente a los diversos niveles territoriales.

“Estas competencias atribuidas por la Constitución al ‘Estado’, por tanto, como ha quedado argumentado, no son atribuidas a la República ni al Poder Nacional exclusivamente, sino que corresponden a todos los entes público-territoriales de nuestra organización federal: a la República, a los Estados Federales y a los Municipios. Cada uno de ellos tiene competencia en esas materias, con las limitaciones que se derivan de las regulaciones de los artículos 30 y 136 de la Constitución, que puedan asignar exclusivamente algunas materias a los niveles municipales y nacional, lo cual excluiría la competencia estatal.” (BREWER-CARIAS, Allan R. *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo II. pp. 387-388).

La educación es así una competencia concurrente entre la República, los Estados y los Municipios, pues los artículos 102 y 103 la asignan al Estado como un todo. Así la relación entre ellos debe regularse mediante la técnica leyes de base–leyes de desarrollo, de acuerdo con el artículo 165 C. A continuación se explicará el alcance de ese mecanismo.

A. Leyes de base y leyes de desarrollo

La técnica prevista en la Constitución disciplinar la concurrencia de potestades legislativas es la leyes de base-leyes de desarrollo. En efecto, de acuerdo con el artículo 165:

“Artículo 165: Las materias objeto de competencias concurrentes serán reguladas mediante leyes de bases dictadas por el Poder Nacional, y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados. Esta legislación estará orientada por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad.

Los Estados descentralizarán y transferirán a los Municipios los servicios y competencias que gestionen y que estén en capacidad de prestar, así como la administración de los respectivos recursos, dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles del Poder Público. Los mecanismos de transferencia estarán regulados por el ordenamiento jurídico estatal.”

En definitiva, también resulta necesario establecer las líneas fundamentales de la técnica de las leyes de base y leyes de desarrollo, desde que no hay duda de que la Constitución la emplea expresamente (art. 165).

La técnica de leyes de base y leyes de desarrollo encuentra su justificación desde que sobre un mismo objeto recaen potestades legislativas distintas, y siendo estas por definición supremas, es necesario repartir el campo entre ambas: a la potestad legislativa nacional corresponderá la disciplina de lo básico y a la estatal el desarrollo de esas bases. Este es, *grosso modo*, la justificación y la estructura de esta institución.

No existe en nuestro medio ningún ejemplo práctico en que se haya empleado esta técnica. Las características profundamente centralizadas de nuestro sistema político hicieron inviable legislación estatal en materias concurrentes. Ahora, en cambio, las Asambleas Legislativas, hoy Consejos Legislativos, comienzan a producir normativa y se hace necesario perfilar los modos de articularla con la legislación nacional. Por estas razones, es necesario acudir al Derecho comparado para ello.

Siguiendo a García de Enterría, la esencia de la concurrencia normativa en lo básico y en el desarrollo se articula sobre cinco nociones básicas:

- 1° Corresponde a la normativa básica el establecimiento de la política nacional del sector, en tutela del interés general que corresponde al Poder Nacional de acuerdo con el artículo 156, 2° de la Constitución, logrando un régimen unitario. Esa unidad, sin embargo, debe permitir la actuación de las potestades estatales en procura de políticas propias, incluso divergentes de estado a estado. El juego característico de bases-desarrollo es, pues, el establecimiento por las primeras de la política global del sector y de las políticas propias de los Estados por las segundas.
- 2° La técnica de las bases pretende construir un común denominador normativo del sector de que se trate en todo el territorio nacional, sobre el cual los Estados podrán desarrollar las peculiaridades que les convengan. Es la unidad de regulación el fin de la técnica en estudio, unidad que no sea uniformidad sino que permita la estructuración de políticas propias por los Estados.
- 3° Esta unidad, que no uniformidad, impide que el Poder Nacional, al establecer las bases de un sector, lo regule pormenorizadamente. Es necesario que se reserve a los Estados un sector sustancial, de modo que allí puedan emplear su potestad legislativa y no meramente reglamentar. Una ley de bases que regule totalmente la materia respectiva sería inconstitucional.
- 4° La conjunción de ambas normas debe producir un mismo sistema normativo, en el cual la regulación por cada nivel del Poder Público no sea contradictorio con la del otro. Para ello, como se verá, la estructura técnica de la ley de bases prevé el encuadramiento de la legislación estatal.
- 5° La norma de desarrollo no es un reglamento de la ley de bases, porque si así fuera no permitiera en realidad políticas que

deban ejecutarse mediante ley. Que la normativa de desarrollo sea –pueda ser- de rango legal se resuelve en que el Estado goza de esa libertad política –mucho más intensa que la mera discrecionalidad administrativa- propia de los legisladores.

a) El concepto material de las bases

Para acceder con éxito la noción de leyes de base es imprescindible anotar desde ya que no se trata de un fenómeno de delegación legislativa. En otras palabras, éstas no son posibles delegaciones que el Poder Nacional haría a los Estados para que legislen de acuerdo con la ley delegante. Los poderes de los Estados de dictar la legislación de desarrollo dimanán *de la misma Constitución*, del mismo modo que los nacionales de establecer las bases. Por ello, no todo lo que el Poder Nacional considere básico lo es, pues, como ya dicho, debe regular de tal modo ese sector de base que permanezca dentro de la atribución de los Estados la posibilidad de construir políticas propias incluso mediante la legislación. No siendo delegada por el Poder Nacional, sino originaria, la competencia estatal de desarrollo de las bases, cualquier extralimitación del Poder Nacional es fiscalizable por la Corte Suprema de Justicia y, a la recíproca, la invasión de lo básico por los Estados también puede ser controlada por esa sede judicial.

Otra consecuencia de esta doctrina, de efectos prácticos inimaginables, es que, no siendo delegada la potestad estatal de dictar las leyes de desarrollo, *los Estados pueden dictar esa normativa aunque no se hayan promulgado todavía las leyes de base correspondientes*. Los Estados no tienen porque esperar que el Poder Central establezca las bases para actuar sus potestades legislativas de desarrollo, desde que éstas son originarias y no delegadas. Una solución distinta bloquearía de hecho la posibilidad estatal de legislar y la sometería inconstitucionalmente al arbitrio del Congreso de la República.

De hecho, y como reseña la práctica comparada, las leyes de desarrollo se dictan normalmente antes de las leyes de base. Por ello, y se aprecia aquí el enorme impacto práctico de la figura, *es posible en Venezuela que los Estados dicten su correspondiente ley de educación, aunque no se haya dictado aún la ley nacional de bases* y por supuesto dentro de su espacio mucho mayor que el absolutamente inconstitucional

detalle de la Ley Orgánica de Educación deja sin regular. La doctrina de las bases-desarrollo se convierte así en un verdadero instrumento de profilaxis de la legislación nacional que, sin duda, no deja verdaderos espacios al ejercicio de las potestades legislativas estatales en materia concurrentes. Además, como ya puede verse, la federalización del sistema político va a producir el reacomodo de la legislación nacional en sectores concurrentes, pues en la actualidad invade las potestades estatales en muchísimos campos. De allí, en conclusión, la importancia superlativa de esta doctrina y su correcta aplicación por los operadores jurídicos.

b) Estructura de la Ley de Bases

Tocará al Poder Nacional la regulación de todo lo referente al interés general. ¿Quién es el competente para determinar qué es de ese interés en una determinada materia? No puede ser otro que el mismo legislador nacional. Tal conclusión deriva en nuestro medio no sólo del mismo principio que radica la tutela del interés general del Estado en el Poder Nacional, sino también de la competencia de éste para legislar en lo relativo a “todas las materias de la competencia nacional” (art. 156, ord. 32) una de las cuales es esa tutela del interés general (art. 156, ord. 2). Dos observaciones deben incluirse aquí: la calificación de una materia como del interés general que haga el legislador no puede ir en contra de calificaciones constitucionales. En segundo lugar, no puede el Estado mediante este conducto absorber la regulación íntegra de una materia que corresponda también a los Estados: debe dejar en todo caso un espacio suficiente para que éste gestione libremente, incluso en uso de su potestad legislativa.

Para concluir el análisis de la técnica de las leyes de base y de desarrollo, es necesario esbozar someramente la estructura de la ley de bases que permite el juego de las potestades legislativas estatales. Esa estructura está compuesta, básicamente, por el círculo material de interés general y por el círculo de encuadramiento.

a) Círculo material de interés general

En ese sector el legislador nacional debe regular íntegramente aquellos aspectos de la respectiva materia que sean del interés general: no puede haber aquí intervención estatal. Incluso si este interés exige una

normativa pormenorizada, tocará al Poder Nacional, por sí solo, desarrollarla.

Ejemplo de una regulación material del interés general a nivel municipal, en vista de la ausencia de uso de estas cláusulas constitucionales por los Estados, lo tenemos en el capítulo IV del Título II de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, que determina con precisión el contenido de los planes de ordenación urbanística. Debe considerarse que tal contenido es parte de la concreción del interés general en materia urbanística, y por tanto corresponde al Poder Nacional y no al Municipio.

b') Círculo de encuadramiento

No es suficiente que el Poder Nacional determine con precisión y regule exhaustivamente los aspectos de interés general de las materias en que actúa concurrentemente con los Estados. La Constitución ordena la "colaboración" entre los órganos que ejercen el Poder Público con el objeto de "realizar los fines del Estado". Esto sólo es posible si estos "fines del Estado" son los mismos para el Poder Nacional y para los Estados. Esta identidad de fines exige entonces que la total actividad pública se oriente y se coordine hacia ellos, orientación y coordinación que corresponderá efectuar al Poder Nacional como tutor del interés general.

Estas consideraciones determinan que la ley de la materia no sólo discipline el interés general involucrado, sino que también fije unos objetivos mínimos, una estrategia general conforme a la cual es estado de que se trate ejerza su actividad sobre la materia en que concurre con el Poder Nacional. Esos lineamientos constituyen el círculo de encuadramiento de la potestad estatal dentro del esquema global de actividades públicas, radicalmente ordenadas hacia unos fines determinados en la Constitución.

Es preciso dejar en claro, pues, que la ley material que organice las intervenciones nacionales y estatales en la misma área no puede reducirse a una mera repartición de campos, fijados los cuales cada parte se desentiende de la otra. Hay unos fines y unos propósitos que exceden completamente las atribuciones de uno y otro sector, para residenciarse en el mismo supraordenamiento constitucional. Al Poder Nacional toca, dentro de los límites constitucionales, definirlos y orientar a todo el Poder Público hacia su consecución.

Por otro lado, debe siempre respetarse la autonomía estatal, aún en el desarrollo de estos círculos de encuadramiento. Por ello, la estrategia que se diseñe debe permitir, en todo caso, un sustancial ámbito de libertad para los estados, dentro del cual éstos puedan llevar a la práctica políticas propias.

b) Contenidos de la Ley nacional y de las leyes estatales en materia de educación

Vista la doctrina anterior permítase ensayar un esquema de contenidos máximos y mínimos de las leyes nacionales de base y las leyes estatales de desarrollo de la competencia pública educativa.

a') La Ley Orgánica de Educación y su inconstitucionalidad por violar el reparto territorial de competencias

Es evidente la contrariedad a la Constitución del régimen actual de la educación, pues el modelo de la LOE es absolutamente centralista e impide de raíz a los Estados cualquier ejercicio de políticas propias en la materia. De modo análogo a como se analizó anteriormente el respeto a la educación privada, el asfixiante monopolio educativo del Ministerio de Educación transgrede la autonomía estatal en la materia. De allí la necesidad imperiosa de entender inconstitucional la LOE y proceder por parte de los Estados a dictar sus propias normas. Como ha ocurrido en el derecho comparado, *ello debe acontecer sin esperar el acomodo de la ley nacional, que quizás nunca vendrá*. Es perfectamente posible desde luego dictar las leyes estatales de educación, ingresando en zonas mucho más vastas que el mínimo resquicio que deja la LOE y su reglamento.

Por lo tanto, la ley nacional que sustituiría a la LOE debe ser mucho más sobria y sólo limitarse, como dice el artículo 165 de la Constitución, a establecer las *bases* de la educación, los elementos imprescindibles que debe contener un marco educativo federal dentro del cual pueda desarrollarse verdaderas políticas estatales. Poda intensa de la minuciosa legislación nacional, y su sustitución por un marco mínimo, pues.

Ese marco sólo debe incluir los contenidos nacionales mínimos que se consideren esenciales en la educación de todo venezolano. De allí que los apoderamientos hoy existentes para el Ministerio de Educación

(art. 55 LOE y 8 del Reglamento de la LOE [RLOE]) deben eliminarse, pura y simplemente, para dar paso a marcos generales. Hasta qué grado de detalle pueden llegar éstos es asunto de pedagogos, pero sin duda el Derecho pone como límite la necesidad de mantener siempre el juego estatal de políticas propias. Así, por ejemplo, el marco general debe contener las habilidades de comunicación (lectura y escritura) y numéricas esenciales, pero dejar la profundización y el desarrollo de éstas a los Estados. Sería inconstitucional, según este razonamiento, un currículum nacional que ocupe la totalidad de las horas hábiles de la semana, tantas que hagan marginal el tiempo de que disponen las autoridades estatales para desarrollar sus políticas educativas.

Es doble, pues, el límite constitucional a los poderes educativos nacionales. El respeto al ideario de padres, madres y educadores, por un lado, y las potestades estatales de legislación de desarrollo y, como veremos, de ejecución, hacen que el bloque normativo de la educación solo corresponda en sus líneas generales al Poder Nacional, siendo sus protagonistas Los Estados y los particulares.

II. LEGISLACION EDUCATIVA

La Ley Orgánica de Educación y sus Reglamentos

La Ley Orgánica de Educación de 26 de julio de 1980 es la normativa fundamental de la educación en Venezuela. Junto con su Reglamento, de 15 de septiembre de 1999, regula pormenorizadamente todo el régimen de la educación básica y diversificada.

LOE se divide en nueve títulos. Luego de la repetición de los lemas constitucionales ya comentados, se enuncia y desarrollan los principios y estructura del sistema educativo. Allí se enumeran y regulan los niveles de la educación (preescolar, básica, media diversificada y profesional y superior) y sus modalidades: especial, para las artes, militar, de ministros del culto, de adultos y extraescolar, dedicándose un capítulo a cada nivel y modalidad.

A) Régimen Educativo. Actividades Educativas

El título III, relativo al Régimen Educativo, es sin duda el más importante de la Ley. Allí se regula el calendario escolar, no menor de

180 días hábiles al año (art. 46), el derecho a la educación religiosa a solicitud de los padres (art. 50), la educación indígena y fronteriza. La cifra de todo el sistema educativo venezolano es el artículo 48 LOE:

“La planificación y organización del régimen de los distintos niveles y modalidades del sistema educativo será realizado y elaborado por el Ministerio de Educación salvo las excepciones contempladas en la ley especial de Educación superior.

“A los fines previstos en el presente artículo se promoverá y estimulará la participación de las comunidades educativas y de otros sectores vinculados al desarrollo nacional y regional.”

Comienza aquí el apoderamiento general, ilimitado y no tasado del Ministerio de Educación para regular el sistema educativo. Por si quedara dudas de la omnipotencia del Ministerio, el artículo 8 del Reglamento establece:

“La revisión y actualización del régimen de estudio de los niveles y modalidades del sistema educativo, a fin de ajustarlo a los nuevos conocimientos y orientaciones surgidos en los campos científico, humanístico, técnico y pedagógico, corresponderán al Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, conforme a las disposiciones siguientes:

- 1° Las dependencias competentes determinarán la oportunidad en que deberán realizarse las acciones pertinentes.
- 2° Los planes y programas de estudio, sus enmiendas y reformas, así como las experimentaciones pedagógicas, serán dictados o autorizados mediante Resoluciones del Ministro de Educación, Cultura y Deportes y evaluados permanentemente en los lapsos que se establezcan.”

Al colmo se llega con el artículo 201 del Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente:

“A los fines de garantizar el mejoramiento de la calidad del sistema educativo venezolano y la ampliación de su cobertura, el Ministro de Educación, Cultura y Deportes podrá dictar las medidas administrativas que juzgue necesarias.”

El Ministerio de Educación sería la autoridad única y definitiva de la educación en Venezuela, de ser por la LOE y su reglamento. Pero, como vimos, esa conclusión es abiertamente inconstitucional. Por un lado, las potestades nacionales en materia educativa conviven con los poderes estatales y municipales, de acuerdo con la concurrencia de competencias prevista y regulada en los artículos 102, 103 y 165 de la Constitución. De allí que estos apoderamientos generales que realiza la LOE y su reglamento deben entenderse limitados únicamente a los aspectos *básicos* de la educación en Venezuela, teniendo que dejar espacio para el juego de las potestades estatales.

Por otro lado, estas potestades nacionales también se ven limitadas por el derecho a educar (art. 106 C) que exige la existencia de modelos educativos alternativos, públicos y privados, lo que sería imposible si el Ministerio de Educación regula todo y hasta el detalle. Inválidas, pues, las cláusulas generales de apoderamiento que la LOE y su Reglamento crean en cabeza del Ministerio de Educación: se ven limitadas por las potestades estatales y municipales y por el derecho a educar.

De allí que sean también inconstitucionales los regímenes de elaboración de *currículum* de la educación básica y media diversificada, previstos en los artículos 22 y 28 del Reglamento:

“Artículo 22: En el plan de estudio para la educación básica serán obligatorias las siguientes áreas, asignaturas o similares: Castellano y Literatura, Geografía de Venezuela, Historia de Venezuela, Geografía General, Historia Universal, Matemática, Educación Familiar y Ciudadana, Educación Estética, Educación para el Trabajo, Educación para la Salud, Educación Física y Deporte, Ciencias de la Naturaleza, Biología, Física, Química, Inglés y cualesquiera otras que con tal carácter establezca el Ejecutivo Nacional. El Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 8° de este Reglamento, hará las adaptaciones pertinentes de los programas de estudio, para el medio rural, regiones fronterizas y zonas indígenas.

“Artículo 28: En los planes de estudio de educación media diversificada y profesional son obligatorias, además de las asignaturas y similares específicas de cada especialidad y mención, las siguientes: Castellano, Literatura Venezolana,

Historia de Venezuela, Geografía de Venezuela, Educación Física y Deporte y cualesquiera otras que con tal carácter establezca el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 8° de este Reglamento. Asimismo, se establecerá un régimen de pasantías en las especialidades y menciones que señale el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes y en la forma y condiciones que establezca el Ejecutivo Nacional.

Parágrafo Único: Los planes de estudio de este nivel se organizarán de tal manera que los alumnos puedan realizar transferencias entre las distintas especialidades.”

Los Estados, Municipios y los particulares tienen la libertad constitucional de participar en el diseño del currículum, cosa imposible cuando se deja esta tarea íntegramente al Ministerio de Educación. Estos artículos son inconstitucionales, y debe entenderse que tanto los miembros de la Federación como los particulares pueden intervenir desarrollando un currículum mínimo a ser dictado por el Ministerio de Educación.

También son nulas todas estas disposiciones por tratarse de *cláusulas generales de apoderamiento, verdaderos cheques en blanco a la Administración que no tienen cabida en un régimen de Derecho Administrativo.* Dice GARCIA DE ENTERRIA:

“El segundo requisito de la atribución de potestad es que ésta ha de ser específica. Todo poder atribuido por la Ley ha de ser en cuanto a su contenido un poder concreto y determinado; no caben poderes inespecíficos, indeterminados, totales, dentro del sistema conceptual de Estado de Derecho abierto por la Revolución francesa, en cuyo seno vivimos. La justificación de este aserto no es difícil. Desde un punto de vista abstracto un poder jurídico indeterminado es difícilmente concebible, o más claramente, es una contradicción con el sistema de Derecho, para el cual es consustancial la existencia de límites (de los derechos de unos con los de otros, de los de cada uno con los de la colectividad, de los de ésta con los derechos de los ciudadanos, especialmente con los fundamentales o constitucionalmente declarados).

“El principio de la tasa o mensurabilidad de todas y de cualquier competencia pública (...) es, pues, un principio esencial del Estado de Derecho, contemporáneo, que deriva de su condición de Estado que reconoce los derechos ajenos

y no sólo los propios, de su carácter de complejo organizativo con una necesaria distribución de funciones y de competencias entre órganos diversos, de su reconocimiento, más o menos intenso o auténtico, pero sin excepciones hoy, siempre explícito, de un orden de derechos y libertades fundamentales del ciudadano. No hay, pues, poderes administrativos ilimitados o globales; todos son, y no pueden dejar de ser, específicos y concretos, tasados, con un ámbito de ejercicio lícito (*agere licere*), tras de cuyos límites la potestad desaparece pura y simplemente.

(...)

“Pues bien, es claro que no se trata en absoluto de una atribución de poderes ilimitados. Primero, porque en todos los casos se trata de una acotación de supuestos que no son ellos mismos ilimitados, sino simplemente imprecisos en su definición previa, pero necesariamente delimitables en su aplicación concreta mediante la técnica de los ‘conceptos jurídicos indeterminados’, a los que luego aludiremos; así los ‘intereses peculiares de los pueblos’, o la situación contraria al orden público no son, indefinidamente, cualquier supuesto que la Administración libremente quiera estimar, sino supuestos perfectamente delimitables por aplicación del concepto legal a situaciones reales, de modo que, por amplias que tales situaciones puedan ser, siempre podrá decirse con certeza de otras que no caen en absoluto bajo el concepto, lo que denota su limitación. Por otra parte, estos supuestos de ejercicio de la potestad juegan bajo la técnica normal de la legitimación, como requisito que condiciona la posibilidad de ejercicio de una potestad, pero no por ello trasladan a ésta una ilimitación de contenido o de posibilidades de actuación. Ese contenido *está siempre tasado* y no puede dejar de estarlo.” (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Civitas, Madrid 1999).

B. Los Planteles educativos

El capítulo II del Título III LOE disciplina los planteles, dividiéndolos en públicos y privados. Continúa aquí el asedio a la libertad educativa, propósito de toda la ley. Así, el artículo 55 establece:

“Son planteles oficiales los fundados y sostenidos por el Ejecutivo Nacional, por los Estados, por los Territorios

Federales, las Municipalidades, los Institutos Autónomos y las Empresas del Estado, debidamente autorizados por el Ministerio de Educación. Se denominan privados los planteles fundados, sostenidos y dirigidos por personas particulares.

“La organización, funcionamiento y formas de financiamiento de estos últimos deberán ser autorizadas periódicamente por el Ministerio de Educación.

“Los servicios e institutos educativos quedan sometidos a las normas y regulaciones que al efecto dicte el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Educación, salvo los casos regidos por leyes especiales.”

El régimen será dictado por el Ministerio de Educación:

“*Artículo 72.* El Ministerio de Educación, Cultura y Deportes dictará las normas y procedimientos y establecerá los requisitos para la inscripción de planteles, el registro de centros y la autorización de cátedras y servicios educativos y privados y velará por su cumplimiento.”

Como se vio, someter a autorización periódica todo el régimen de los planteles privados es inconstitucional, porque basta la *aceptación* del Estado, de acuerdo con el artículo 106 C, por un lado, y por otro esas potestades de supervisión corresponden también a los Estados y Municipios, muchas veces de manera exclusiva como se verá al referirnos a la transparencia de servicios.

C. Evaluación

Se regula en la Ley y en su reglamento de manera pormenorizada. Demasiado si quieren respetarse los derechos de los demás actores del sistema educativo, Estados, Municipios y particulares. Así, se regula en el reglamento los tipos, las formas y las estrategias evaluativas (arts. 87 y ss), de los órganos de evaluación, del proceso y del rendimiento estudiantil.

D. Permanencia del estudiante

El artículo 60 del Reglamento, apoyado por cierta jurisprudencia (TSJ-SPA de 18-5-2000, caso *Henry Clay*; CPCA de 9-2-88, caso *Doris*

de Rivas y otro) parece apuntar a un derecho del alumno a permanecer y a ser reinscrito en el plantel donde curse estudios:

“Artículo 60: Todo alumno inscrito en determinado plantel educativo mantendrá su inscripción en el mismo a menos que los padres o representantes manifiesten su voluntad de retirarlo.

Para quienes requieran ser reubicados en otro plantel por cambio de domicilio, debidamente comprobado, la inscripción podrá hacerse hasta el último día hábil del mes de mayo. El Ministerio de Educación, Cultura y Deportes determinará los requisitos que deban cumplirse para formalizar la inscripción de los alumnos, dictará las normas y procedimientos pertinentes y resolverá los casos especiales no previstos en el presente artículo.

Parágrafo Único: La inscripción para los alumnos de educación preescolar y educación básica hasta el cuarto grado se efectuará con posterioridad a la realización de la prueba de ubicación, salvo que el alumno exhiba documentos probatorios de escolaridad.”

Es evidente, como afirma la jurisprudencia citada, que ese derecho permite la expulsión del alumno por causas justificadas, de acuerdo con la LOE y su Reglamento. Plantea, por lo tanto, el problema de la obligatoriedad de reinscribir a los alumnos para el año siguiente no mediando esas causas de expulsión.

El caso parece claro en los planteles públicos: están obligados a reinscribir a todos los alumnos no expulsados, en vista de su obligación contractual de brindar educación. Distinto es el caso de los planteles privados, donde se ejerce el derecho de asociación (art. 52 C), que, como se entiende, supone una vertiente positiva y otra negativa, la de no asociarse con quien no se desea. Así, siendo un plantel privado ejercicio de la libertad de asociación desde que constituye una comunidad (art. 170 y ss RLOE) tiene derecho a interrumpir la asociación con los padres y representantes que les parezca oportuno. Para equilibrar ese derecho, en aras de la protección del derecho a educarse del alumno, esta negativa de reinscripción debe notificarse a los padres y representantes con prudente antelación, para que puedan buscar un nuevo plantel para su representado. Así lo había venido sosteniendo la jurisprudencia.

Lo que de ninguna manera es aceptable es el criterio jurisprudencial de acuerdo con el cual no existiría ninguna libertad contractual en materia educativa (TSJ-SPA de 2-5-2000, caso *Santiago de León*). Aunque no hay duda de las funciones de policía del Estado (no sólo del Poder Nacional) en la materia, estas no alcanzan a eliminar la libertad de asociación (muchas veces especiales a través de contratos) que hay que respetar en los planteles privados.

E. Transferencias

La Ley y el Reglamento regulan también la transferencia, equivalencia y reconocimiento y reválida de títulos.

F. Supervisión

La Ley, RLOE y el Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente (REPD) disciplinan la supervisión, proceso que pretenden vigilar y asegurar el cumplimiento de los objetivos educativos. La divide en niveles: Planteles, Distritos Escolares, Zonas Educativas y Unidades Centrales del Ministerio.

Los supervisores constituyen un cuerpo de carrera, al cual se ingresa por concurso de méritos y de méritos y oposición y que exige la prestancia de varios requisitos:

“*Artículo 165:* Para optar al cargo de supervisor, los aspirantes deberán participar en los concursos de méritos o de méritos y oposición, conforme a lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley Orgánica de Educación, en la forma y condiciones que determine el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes. Para ejercer la función supervisora, los aspirantes deberán reunir los siguientes requisitos:

1. Poseer título docente de educación superior y haber ejercido cargos directivos de planteles por un lapso no menor de tres años, cuando se trate del segundo nivel jerárquico.
2. Haber ejercido las funciones de supervisión por un mínimo de tres años en el nivel jerárquico inmediato inferior para el cual aspiren, cuando se trate del tercero y cuarto nivel jerárquico.
3. Los demás que establezca el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes.

Parágrafo Unico: Se exceptúan del cumplimiento de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, los docentes especialistas en las áreas, asignaturas o similares, que por su naturaleza y características así lo requieran.

El Ministro de Educación, Cultura y Deportes, mediante Resolución, establecerá las normas y procedimientos que regirán la materia regulada en este artículo.”

Toda designación de supervisores hecha en contravención con estas normas es nula (art. 166 RLOE). De allí que *la creación de los supervisores itinerantes en el artículo 32 del Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente es nula*, porque se trataría de funcionarios de libre nombramiento y remoción, lo que contraría el régimen del Reglamento General de la Ley, instrumento especial de regulación de la supervisión y que por tanto prevalece sobre el Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente. Además, esta violación del estatuto general del docente transgrede también el derecho constitucional a la carrera magisterial, que como se vio garantiza el artículo 104 C.

G. Comunidad Educativa

El Reglamento regula la Comunidad Educativa, conjunto de profesores, padres, representantes y alumnos que se constituyen para ejercer el derecho a educar y a educarse.

F. Profesión docente

El título IV de la Ley y el REPD organizan el régimen del estatuto del profesor. La novedad más importante en esta materia es la constitucionalización de la carrera:

“Artículo 104. La educación estará a cargo de personas de reconocida moralidad y de comprobada idoneidad académica. El Estado estimulará su actualización permanente y les garantizará la estabilidad en el ejercicio de la carrera docente, bien sea pública o privada, atendiendo a esta Constitución y a la ley, en un régimen de trabajo y nivel de vida acorde con su elevada misión. El ingreso, promoción y permanencia en el sistema educativo, serán establecidos por ley y responderá a criterios de evaluación de méritos, sin injerencia partidista o de otra naturaleza no académica.”

La docencia es una carrera de rango constitucional. Se crea así un régimen semejante al de los funcionarios públicos, garantía también de la estabilidad. De allí el renovado vigor de la LOE y el REPD, en sus exigencias de requisitos mínimos y concursos para el ingreso y ascenso, y la previsión de regímenes especiales de remuneración y otras circunstancias.

Ello se encuentra pormenorizadamente desarrollado en la LOE y en el REPD. En éste se establecen los deberes y derechos de los docentes (arts. 6 y 8), el sistema de escalafón (cap. II) y sus categorías (art. 32). *Se reitera la nulidad de la nueva figura de los supervisores itinerantes, por violar las disposiciones especiales de la carrera docente, ahora de rango constitucional.* También se establece el régimen de concursos (cap. IV), de las condiciones de trabajo (Título III) que incluye las remuneraciones, la estabilidad, las licencias y de los tratados.

I. Régimen Disciplinario

El régimen disciplinario está previsto en el Título VII de la LOE. Allí se establece la tipología de las faltas y el procedimiento sancionatorio, desarrollados luego para los docentes en el Título IV del REPD.

El artículo 115 de la LOE incluye otro apoderamiento general, esta vez sancionatorio, en el sector de la educación privada:

“Artículo 115: En la salvaguarda de los principios fundamentales de la nacionalidad y de la democracia consagrados en la Constitución, el Ministerio de Educación podrá clausurar o exigir la reorganización de los establecimientos privados en los cuales se atente contra ellos. Los propietarios, directores o educadores que resulten responsables de tales hechos serán inhabilitados hasta por diez años para el ejercicio de cargos docentes o administrativos en cualquier tipo de plantel, lapso durante el cual no podrán fundar ni dirigir por sí ni por interpuestas personas ningún establecimiento educativo.”

Claramente inconstitucional, de nuevo, al tratarse de una sanción sin tipo determinado, dejada al arbitrio del Ministerio de Educación. Viola el principio establecido en el artículo 49, ord. 6° de la Constitución.

ALGUNOS LINEAMIENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Vicente Villavicencio

Sumario: Introducción. I.) Antecedentes. II.) Los derechos fundamentales en la Constitución Española: Lineamientos generales de la normativa constitucional. Breve noción de los derechos fundamentales y Precisiones terminológicas. Delimitación del concepto de d.f. y derechos humanos. III.) Principios Constitucionales de los Derechos Fundamentales. Garantías de los Derechos Fundamentales. Garantías normativas. Garantías jurisdiccionales. Garantías institucionales

Introducción

El objetivo del presente trabajo es presentar unos lineamientos generales de los derechos fundamentales en el sistema constitucional Español. Es un tema que debería tener un amplio tratamiento por ser, en nuestro concepto, la esencia del derecho constitucional moderno, pero su estudio se hace dentro del marco de las condiciones del curso que se realizó. Se harán algunas citas de regulaciones constitucionales similares de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Tuve la oportunidad de leer varios textos sobre esta materia y llegué a la conclusión que era recomendable, para esbozar el tema, señalar los antecedentes remotos y próximos. En los primeros debe destacarse la figura del teólogo y jurista Francisco De Vitoria y su visión clara de los alcances del poder civil y los derechos de los indios. También los textos de Francisco Tomás y Valiente en sus reflexiones históricas sobre la codificación en España en el siglo XIX y referencias a la historia del constitucionalismo en este país. Luego consulté con atención a Antonio E Pérez Luño, Miguel Aparicio, Jesús González Pérez, Ramón Hernández, José Luis Albácar López, Eliseo Aja, Francisco Rubio Llorente.

De sus esfuerzos intelectuales extraje ideas para organizar estas reflexiones sucintas, a las cuales agregué otras para esbozar un tema que nos hiere en los más profundo de nuestra condición de personas y de hombres de leyes.

Agradezco a todos los profesores de la Universidad de Salamanca y su Fundación, la enseñanza que se impartió en el curso y a todo el personal de apoyo que nos acompañó en esa hermosa e inolvidable ciudad.

ALGUNOS LINEAMIENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

I. Antecedentes

Bajo la conducción por manos del Rey Juan Carlos del timón del cambio estructural de la nación española, se logró el consenso de los grupos políticos para realizar el proceso de transición que aconteció en España a partir de la muerte del generalísimo Francisco Franco. En este caso, la monarquía, lejos de devaluar la iniciativa de un nuevo proyecto político que se concretaría en una nueva constitución, elevó a España en un corto plazo a constituirse, en el aspecto legal, en un Estado social y democrático de derecho (numeral primero del artículo primero).

El resultado directo de la conducta e impronta del monarca para equilibrar las fuerzas políticas en contradicción, llenas de pugnacidad en la sociedad española, da lugar por la vía de la negociación y del consenso en los puntos esenciales, entre los que se destacan en primer lugar los derechos fundamentales, al nacimiento de un texto político y jurídico: la Constitución promulgada el 27 de diciembre de 1978, en donde el mayor "conjunto social" de los españoles ha tenido participación.

El régimen dictatorial que estuvo en vigencia desde 1936 hasta 1975 se caracterizó por un manejo personal del poder y un aislamiento total en materia de derechos humanos del contexto del continente europeo y mundial. Prueba de ello es la ratificación después de la muerte del Franco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 y la convención de salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales del 4 de noviembre de 1950 con su protocolo adicional a la Convención de los derechos del hombre con fecha 20 de marzo de 1952.

Después de la segunda guerra mundial se requirió profundizar y concretar el reconocimiento de los derechos humanos y considerar su

violación por parte de los poderes públicos un delito contra la humanidad. De esta forma los derechos humanos se constituyen en un problema de orden público internacional. La comunidad internacional debía elaborar cauces sustantivos y adjetivos que eliminaran la impunidad y permitieran las sanciones a las violaciones de los derechos humanos. España estuvo ausente por su régimen dictatorial de estos cambios.

Tuve la oportunidad de leer, citado por el extinto Magistrado del Tribunal Constitucional Francisco Tomás y Valiente, parte del discurso preliminar del proyecto de Código Penal presentado a las Cortes el 21 de abril de 1821 por Francisco Martínez Marina que podría resumir la conducta del gobierno español en materia de derechos humanos hasta 1975.

En este texto escrito bajo otras circunstancias históricas pero, con gran semejanza a la actitud asumida por el franquismo se expresa que: "...cuando los gobiernos europeos comenzaban a restablecer los sagrados e inmutables derechos de la justicia y de la naturaleza, a reformar sus instituciones sociales, crear nuevas leyes.....la nación española..... yacía pasiva en profundo y mortífero letargo, sin que le sirviese de estímulo el ejemplo de las naciones vecinas, ni le aquejase el temor de los males que le amenazaban, ni el deseo del bien que hace siglos reclamaba la razón, la justicia y la humanidad, tan insensible al rigor y severidad de las leyes y a los continuados movimientos hostiles de la tiranía, como a los dulces placeres y agradables satisfacciones de la libertad, que saben apreciar hasta los brutos".(1)

La redacción de la nueva Constitución Española tal y como lo califica Antonio Pérez Luño fue "ambiciosa" en "la fijación en el texto de los derechos fundamentales". La sociedad española " estaba deseosa de vivir en un régimen de libertad tras haber soportado un largo período de dictadura". (2)

Pero todo lo anterior no impide reconocer en la historia de España los esfuerzos de sabios y juristas en la conformación de un cuerpo de normas sobre la persona humana y su dignidad. En efecto a los fines de ilustrar lo expresado haremos un esbozo muy general sobre antecedentes de la consagración en los textos de la concepción sobre la persona humana.

“Como dijo Sánchez Agesta, al discutirse en el Senado el artículo 10 de la Constitución de 1978, “en la tradición española los derechos individuales de la persona se remontan al siglo XII”, y Sánchez Albornoz, una autoridad que nadie discutiría, así lo ha reconocido llamando Carta Magna al Fuero de León de un siglo antes de que se produjera la Carta Magna Inglesa”. (3)

Muchos autores han considerado a España como un “adelantado” en el reconocimiento de la existencia de precedentes antiguos que consagraron los derechos fundamentales.(4) En este mismo sentido se debe citar la conferencia dictada por Francisco Tomas y Valiente pronunciada en un ciclo sobre los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español, en la que después de analizar las diferentes constituciones desde 1812 a 1931 concluye con unas ideas citando a Francisco Martínez Marina que se exponen con toda claridad en el discurso preliminar de la Constitución de 1812:

“ En la sociedad deben estar asegurados los derechos naturales del hombre, la propiedad personal, la mobiliaria y la territorial de tal modo que cada individuo goce de la dulce esperanza de disfrutar de sus bienes y de paz y tranquilidad. La Constitución debe garantizar tanto la libertad política (constitutivamente desigual) como la libertad natural (formalmente igual).”

Asimismo señala como conclusión en el examen de los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones la de que su variación ha dependido históricamente de los fines vitales de la clase políticamente activa en una época, y su contenido concreto de los obstáculos que se encuentren para el despliegue de tales objetivos”. (5)

Podemos citar como antecedentes históricos para sustentar la afirmación anterior respecto a los derechos fundamentales algunas disposiciones jurídicas que se dictaron en 1188,1480,1514, 1542 y 1592.

Las leyes leonisas dictadas por el Rey Don Alfonso IX en 1188 contenían los tramites para las denuncias “según lo que ordene mi curia”; el conocimiento de lo denunciado por el presunto autor; el castigo de la defensa falsa y el pago de los gastos de traslado al denunciado por el denunciante. Asimismo una disposición sobre la inviolabilidad del domi-

cilio y de la propiedad privada concebida así: “También juré que ni yo ni nadie entren en la casa de otro por la fuerza ni haga ningún daño en ella ó en su heredad”

Una pragmática de los Reyes Católicos de 1480 consagra la libertad de residencia de los ciudadanos para...”ir y pasarse a vivir y morar a cualquier otra ciudad, villa o lugar de nuestros reinos, sacar sus ganados y pan y vino”.

En 1514 se dicta la cedula de Fernando El Católico en la que reconoce un rasgo de la libertad en los siguientes términos ...”los indios pueden casarse libremente y ninguna orden real lo impida”... De esta forma los indios e indias tienen así: “..entera libertad para casarse con quien quisieran..”.”No se puede “impedir ni impido el matrimonio entre los indios e indias con españoles o españolas y que todos tengan entera libertad para casarse con quien quisieran”...

En las nuevas Leyes de Indias de 1542 se dispone una norma sobre el respeto a la vida y al trabajo que recuerda la concepción de que el Estado, la economía, la ciencia, la cultura y toda la creación humana “solo tendrán sentido como medios puestos al servicio de la persona humana”. Con ocasión de las muertes y el trabajo de indios y negros en una zona de pesquería de perlas se ordenó al Obispo y al Juez que fueren a Venezuela que dispongan lo necesario para que “cesen las muertes” y sino se podría lograr esto se mando que “cesaran la pesquería de dichas perlas” ... “porque estimamos en mucho más, como es razón, la conservación de sus vidas que el interés que nos puede venir de las perlas”.

En la Real Cédula de Felipe II al Virrey del Perú de 1592 se reconoce la inviolabilidad de la correspondencia pues” ninguna justicia ni persona privada ni particular, eclesiástica ni seglar, se atreva a abrir ni detener dichas cartas”.

Lo antes citado hace necesario hacer referencia a dos nombres que en el descubrimiento y colonización de América fueron los abanderados de los derechos humanos antes de 1789, a dos siglos casi de distancia de la Revolución Francesa. Estos son Francisco de Vitoria y Bartolomé de Las Casas .

En discurso del 12 de octubre de 1982 que pronunció el Rey Juan Carlos en relación con los antes mencionados expresa:

“de la solución que los españoles del siglo XVI dieron al reto, podemos decir que a pesar de sombras y abusos accidentales, los más exigentes españoles del siglo XX nos sentimos orgullosos. Nos basta con evocar los nombres de un Francisco De Vitoria o de un Bartolomé de Las Casas”. “Es desde entonces América un componente irrenunciable de nosotros mismos”.

(6)

Por otra parte Antonio E Pérez Luño señala que “ en los siglos XVI y XVII se produce una decisiva trasposición al plano de la subjetividad de los postulados de la ley natural, configurándose una amplia teoría de los derechos naturales. En esta labor jugaron un importante papel los teólogos y juristas españoles. De entre los primeros destaca la tarea de Vitoria y Las Casas , quienes al defender los derechos personales de los habitantes de los nuevos territorios descubiertos y colonizados por la corona española, sentaron las bases doctrinales para el reconocimiento de la libertad y la dignidad de todos los hombres”(7)

A todo lo anterior habría que señalar el repertorio legislativo dictado entre 1542-1543 constituido por las Leyes Nuevas de Indias ,que marcan un hito en la historia de los derechos humanos de las personas y los pueblos, y en las que la influencia de Francisco De Vitoria tuvo su peso específico.

Dentro de este contexto, siguiendo en resumen de los antecedentes, se sintetizan algunas normas de las constituciones de España del siglo XIX comenzando por la de Cádiz en 1812 y las de 1837, 1845, 1876, 1931 hasta la dictada en 1978.

La constitución de 1812 fue un texto progresista y modelo en el que se reconoció la garantía de la audiencia, el derecho a la inviolabilidad del domicilio , la libertad de expresión, la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.

La constitución de 1837 se reconoció el derecho a imprimir y publicar libremente ideas sin previa censura, la admisión a cargos públicos según mérito y capacidad, la inviolabilidad de domicilio y garantías en caso de detención y enjuiciamiento.

La Constitución de 1845, de carácter derechista, reiteró los derechos y garantías, reconociendo la libertad de cultos siempre que no se manifieste por actos públicos contrarios a la religión católica, que era, de acuerdo con las dos constituciones anteriores la religión de los españoles.

La Constitución de 1869, resultado de un movimiento revolucionario conocido por el nombre de la Gloriosa, es de carácter innovador; establece un catálogo minucioso de todos los derechos fundamentales, y es la primera vez, según señala Francisco Tomás y Valiente, que en la historia del constitucionalismo español aparecen en el proceso constituyente de 1868-1869 expresiones como libertades públicas o derechos fundamentales, sin que se limitara su enunciación a los expresamente previstos.

La Constitución de 1876 sigue igual en cuanto al reconocimiento de los derechos fundamentales.

La Constitución de 1931 en su título III dispone un tabla de derechos y deberes. Se enlaza objetivamente con la 1869, dejando sentir otras influencias como las de la constitución mejicana y la constitución alemana. En ella se consagra la libertad de cultos y el Estado Español dejó de tener una religión oficial.

Después fue la guerra civil desde 1936 hasta 1939 el régimen franquista y el manejo personal del poder por Francisco Franco hasta su muerte. Este acontecimiento natural desencadenó todo el proceso político en que los españoles acordaron no sin traumas, idas y venidas, una Constitución que buscaba para todo la "reconciliación nacional"

Sin tratar de calificar los movimientos políticos que dieron lugar a las diferentes concepciones de las constituciones citadas, podemos afirmar el carácter y el sustrato político que tuvieron y tienen los textos constitucionales y "la correlación entre el avance de tales derechos y el triunfo político, efímero o duradero, de una mentalidad democrática, diferenciando así el liberalismo(derechos del hombre y del ciudadano con lo que la dicotomía comportaba...) de la democracia (derechos fundamentales).(8)

Es además necesario señalar, con González Pérez, que esas constituciones del siglo XIX en cuanto a su vigencia “no llegaron a realizarse plenamente en la vida social” y no reconocían expresamente la dignidad de la persona como valor superior pero van a ir reconociendo algunos derechos fundamentales, inherentes a ella”.(9)

De la base política que tiene en su esencia toda constitución no escapa en lo absoluto la España del siglo XIX ni la actual, producto de la transición de un régimen dictatorial a un régimen democrático. Se preparó el nacimiento de una nueva constitución con la contribución y cesión de posiciones políticas de todos los españoles bajo la mano hábil y política de un monarca que supo captar la ebullición social y política planteada y canalizarla debidamente.

Todos los acontecimientos o circunstancias fueron dando existencia a la reforma. El gobierno de Arias Navarro y su dimisión. La contundencia de la posición del monarca en la continuidad del proceso de reforma y de democratización. El gobierno de Adolfo Suárez con el impulso de la Ley para la Reforma Política en 1977, respetando el sistema legal pero con el objetivo claro de sustituirlo. Las reformas complementarias de la Ley de Asociaciones y las normas electorales que dieron lugar a las primeras elecciones generales. El nombramiento de unas nuevas Cortes que “habían de tener la palabra en el proceso de democratización, en el otorgar una nueva Constitución y en el de otorgar un estatuto político especial a las regiones y nacionalidades y por ende reestructurar-o intentar reestructurar -el Estado.(10).

La concentración del poder durante casi treinta años por el Jefe del Estado hizo nugatorios durante ese tiempo las garantías que se podían exigir ante los órganos judiciales de actos violatorios de los derechos humanos, pues las leyes fundamentales eran consideradas por el Tribunal Supremo con la “simple cualidad de normas programáticas”.

En la redacción de la nueva constitución se manejó el tránsito de una dictadura personalista a una democracia participativa, social y de derecho, dándole una gran relevancia e importancia al tema de los derechos fundamentales con especial énfasis en ampliarlos al máximo “queriendo anticipar así una respuesta a los cahiers de doléances de la sociedad española deseosa de vivir en un régimen de libertad tras haber soportado un largo periodo de dictadura”.(11)

Los derechos fundamentales adquirieron un protagonismo en el nuevo sistema jurídico político estatuido por la Ley Superior de 1978. Puede afirmarse que la Constitución Española de 1978 "es particularmente ambiciosa en lo que concierne a la fijación del estatuto de los derechos fundamentales".(12). En cuanto a la delimitación de los derechos fundamentales en los casos concretos es de singular importancia el sistema de principios y garantías y las funciones que le asigna la Constitución y la Ley Orgánica del 3 de octubre de 1979 al Tribunal Constitucional que en su jurisprudencia ha conformado el contenido y función de tales derechos.(13)

Notas

- 1) Tomás y Valiente, Francisco, Códigos y Constituciones 1808-1978, Editorial alianza universitaria, Madrid 1989, paginas 9 y 10.
- 2) Pérez Luño, Antonio E, Los derechos fundamentales, Editorial Tecnos ,Madrid,1998 pagina 56.
- 3) González Pérez, Jesús , La Dignidad de la Persona, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pagina 66. Cita del diario de sesiones del Senado del 23-8-1978.
- 4) Albácar López, José Luis, La Protección de los Derechos Fundamentales en la nueva Constitución Española, Madrid, imprenta nacional del Boletín del Estado, 1979.
- 5) Tomas y Valiente, Francisco op. cit, p.155 y 173.
- 6) Ramón Hernández, Francisco de Vitoria, síntesis de su vida y pensamiento, Salamanca, Editorial Ope 1983, pagina 48.
- 7)) Pérez Luño, op. cit. pp. 30 y 31
- 8) Tomas y Valiente Francisco op. Cit, p. 173.
- 9) González Pérez J , op. cit.pp. 67 y 70
- 10) Aparicio Miguel, Introducción al sistema político y constitucional español Editorial Ariel, Barcelona España, 1994, página 39.

- 11) Pérez Luño A. op. cit. p. 56.
- 12) Pérez Luño A. op. cit. p. 55.
- 13) A título informativo se señala que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) no se prevén normas para el funcionamiento de un Tribunal Constitucional con el rango y funciones que tiene el Español. En Venezuela las funciones de la jurisdicción constitucional se ejercen por la Sala Constitucional que forma parte del Tribunal Supremo de Justicia. El artículo 335 de la CRBV dispone que “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de las normas y principios Constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.”

II. Los derechos fundamentales en la Constitución española

Para dar una visión del concepto de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978 hay que señalar dos observaciones.

La primera como lo expresa Lucas Verdú, es que todo Derecho ha sido constituido por causa del hombre y son causa, esencia y fundamento de toda la ciencia jurídica dentro del equilibrio entre el ejercicio del poder y el bien individual de la persona y el bien común de la sociedad. Los d.f. se caracterizan por ser el límite para los poderes públicos. No están a la libre disposición del administrador, legislador o juez. Éstos deben respetarlos.

La segunda es la unidad y sistematización de todo el texto de la Ley Superior en sus partes dogmática, programática y orgánica. El texto Constitucional en España es una herramienta para desarrollar todo el ordenamiento jurídico en el orden social, económico y político.

En este aspecto hay que resaltar como un núcleo esencial de la Constitución la dignidad de la persona y los valores superiores de la libertad, igualdad, justicia y pluralismo político que no se pueden separar

de su sustancia y esencia.(1). Los d.f. y los valores superiores están en unidad. “El legislador, el juez, el jurista y todos los destinatarios quedan sujetos a un ordenamiento jurídico que convierte el “tema” de los valores superiores- y consecuentemente el del pluralismo político - en problema constitucional-legislativo y constitucional-judicial.” (2)

En razón de lo expuesto se hace necesario, primero, esbozar unos lineamientos generales de la normativa constitucional. en segundo lugar, indicar algunas observaciones sobre los derechos fundamentales y un resumen de las “precisiones terminológicas” tendentes a delimitar un concepto de los mismos. de la Constitución y los derechos humanos. Tercero un resumen de los principios constitucionales que los tutelan así como una referencia muy genérica al sistema de garantías.

Lineamientos generales de la normativa constitucional

El hilo conductor de las reformas logradas a partir de la promulgación de la Constitución Española es constituir a España como Estado Social y Democrático de Derecho que “propugna” (expresión criticada por Rubio Llorente, quien expresa que en vez de propugnarlos se ha debido expresar :” hubiera proclamado los famosos cuatro valores”) valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Las pautas que señalamos como resumen de principios son las siguientes:

- 1) La elaboración de la Constitución en España con la participación de todos los agentes de la vida política, social y económica se concibió como una “herramienta básica para la construcción de un país” desde sus raíces históricas. La Constitución consagró normas que regulan no solo “los aspectos esenciales de la vida estatal, sino que configura y define la posición jurídica de los ciudadanos en sus relaciones con los poderes públicos y entre sí”.(3)
- 2) La Constitución perfila un régimen político que, de acuerdo con el profesor P. De Vega,”se adapta sin demasiadas singula-

ridades, al esquema democrático-parlamentario clásico consolidado en Europa en las llamadas “democracias occidentales” y toma “sus principales mecanismos de fuentes constitucionales europeas de distinto origen” pero adaptándolas a la situación política e histórica de España. (4)

3) La Constitución tiene un amplio catálogo de definiciones de los d.f. junto con un sistema de garantías y defensa. Antonio Pérez Luño señala que en materia de positivación de los derechos fundamentales el texto constitucional tiene “un paradigma de complejidad que hace muy difícil su elaboración sistemática” Lo califica como un sistema mixto por contener cláusulas generales y normas específicas. Pero en su concepto “la formulación rebasa la tipología aludida” ya que indica cinco instrumentos distintos de positivación que están constituidos por :

3.1 Los valores superiores del orden jurídico constitucional (Preámbulo y artículo 1.1).

3.2 Los principios constitucionales (Artículos 9.2, 10, 39 al 52 y 53.3) que informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

3.3 Cláusulas generales (Artículos 17.4,18.4,20.3, 24.2, 28.2 y 29) que se hallan remitidas a la legislación orgánica para la delimitación de su alcance o contenido”.

3.4 Normas específicas o casuísticas en las que no se otorga referencia a su “ulterior desarrollo legislativo, de lo que se infiere que su positivación constitucional va a ser la normativa configuradora de su alcance o significación(Art. 14, igualdad ante la ley, y 26).

3.5 Normas de tutela que desarrollan el sistema de garantías otorgando instrumentos de defensa de los d.f. (Artículos 53 y 54).(5)

4) El modelo político español hace recepción de las grandes instituciones de los regímenes parlamentarios. Miguel Aparicio des-

de una óptica formal señala que “el régimen participa del parlamentarismo monista clásico y del régimen de gabinete. Se establece la moción de censura, se facilita la cuestión de confianza y se abre la puerta por completo a la potestad de disolución del parlamento con los objetivos de darle estabilidad a las funciones de poder y una primacía del Presidente del Gobierno a quien se le atribuye una posición institucional de mucha fuerza.”El legislativo español va a ser un legislativo sui generis porque “el Congreso adquiere la facultad de actuar como una especie de constituyente de carácter permanente”.(6)

Las características del modelo político son las siguientes:

- 4.1 La soberanía popular y la división y colaboración entre poderes.
- 4.2 El instituto de la representación (y aun las limitaciones al mal llamado ejercicio de la democracia directa)
- 4.3 El principio de la legalidad con el consiguiente sometimiento formal de la administración.
- 4.4 Amplio repertorio de derechos y libertades individuales y sociales.
- 4.5 El substrato básico del capitalismo (economía de mercado constitucionalizada).
- 4.6 El reconocimiento de una clase política por mediación de la constitucionalización de los partidos políticos. El pluralismo político.
- 4.7 El cuadro ideológico de un liberalismo avanzado mediante la introducción y desarrollo del concepto de “Estado social y democrático de derecho”.
- 4.8 Un sistema de defensa y garantía de la Constitución.
- 4.9 La creación de un Tribunal Constitucional como instancia superior a todos los poderes constituidos.

- 5) La Constitución se caracteriza por establecer una monarquía parlamentaria como forma política del Estado, la unidad de la nación española, el sistema electoral, el traslado de todo el poder a las cortes y al gobierno, un sistema parlamentario que otorga poderes amplios al jefe del gobierno, un tribunal constitucional que proporciona las garantías a la violación de los derechos fundamentales y es instancia superior de los conflictos de intereses de los actores que manejan todo el estado y con respecto a los ciudadanos, una corona que reina pero no gobierna.
- 6) La Constitución señala principios muy claros y orientadores respecto a la autonomía, solidaridad, lenguas, banderas de las nacionalidades y regiones, y se constituye en norma orientadora para resolver uno de los problemas históricos de España. El principio de autonomía de las comunidades "ha impulsado una transformación tan notable del estado que puede resumirse con rotundidad: España era hace veinte años el Estado más centralista de Europa, sin ninguna duda, y actualmente es uno de los más descentralizados, también sin dudas" (7)

Para concluir este aspecto habría que resaltar la existencia del Tribunal Constitucional como ente que garantiza el respeto y protección de los d.f. al cumplir una función judicial para el equilibrio y estabilidad de la democracia y de manera esencial dilucidar el contenido, alcance y función los d.f. de los diversos protagonistas del pueblo Español..

Breve noción del de los d.f. y precisiones terminológicas

Los derechos fundamentales se consideran, en expresión de Pérez Luño, "como la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho, proceso que tendría su punto de intermedio de conexión en los derechos humanos".

Asumo como principio esencial la consideración de que la persona, tanto individual como en su dimensión social, es el sujeto, fin y objeto de todo el derecho. Todo deber o derecho tiene su origen y nacimiento en la Ley Natural, universal e inmutable, inscrita en el corazón y

en la conciencia de cada ser humano. Que implica y prescribe el bien, la verdad, la libertad, la belleza, como exigencias fundamentales de la naturaleza humana. Lo que se palpa en la proclamación de los principios y garantías que nacen en las declaraciones internacionales de los derechos humanos y en la concepción constitucional española de los d.f.

Los Estados deben conformar las condiciones para que la persona en ejercicio de su libertad responsable pueda realizar con libertad, igualdad y justicia la lucha en su vida por sus objetivos individuales y sociales, dentro del país que lo vio nacer, en su familia, trabajo, educación, salud física y espiritual, y la consecución de todos los bienes que son instrumentos o medios para su felicidad, a la que se refirió el Rector Magnífico de la Universidad de Salamanca, como lo esencial en el discurso en el inicio de los VIII Cursos de Postgrado.

La esencia de los derechos humanos y de los derechos señalado por Pérez Luño es de interés analizarla. Por ello es necesario referirse a las polémicas y controversias de los profesores Antonio Fernández Galiano y Gregorio Peces Barba citados por el autor, y a su propia posición.

Es evidente que la tesis del profesor Pérez Luño al tratar de conciliar las discusiones de los profesores citados nos parece correcta y se resume así:” se da un acuerdo básico entre ambos al entender los derechos humanos como una categoría previa, legitimadora e informadora de los derechos fundamentales, así como en el reconocimiento (expreso en Peces Barba, implícito en Fernández-Galiano) de que los derechos fundamentales son una categoría descriptiva de los derechos humanos positivados en el ordenamiento jurídico. Se desprende consiguientemente de ambos planteamientos teóricos la común aceptación de que los derechos fundamentales tienen su fundamento en un sistema de valores previo: El orden objetivo y universal de una axiología ontológica, en Fernández Galiano; la filosofía humanista de signo democrática en Peces Barba”.

La objeción que hace Fernández-Galiano a Peces Barba se refiere a que éste último sostiene que los d.f. alcanzan su plenitud en una norma jurídica que los reconoce, de la cual derivan derechos subjetivos, a lo que el primero objeta que no se puede negar la universalidad de los derechos humanos que antes de asentarse en un “estricto orden jurídico positivo” se fundamentan “en un orden superior, objetivo, que pueda ofre-

cer un fundamento de carácter universal y al que, por consiguiente, puede apelarse en todo tiempo y lugar. Pues en su opinión “repugna a la conciencia y a la dignidad humana admitir que el que el hombre ostente o no los llamados derechos fundamentales, afectantes a los aspectos más íntimos y entrañables de la persona, dependa tan solo de la vigencia de las normas que quieran otorgarlos”. (8)

En la recepción histórica en el espacio y en el tiempo del derecho natural hay un aspecto que parece simple, pero que es de la esencia de la vida de la persona, de las sociedades y de las normas que se han creado. Existe una necesidad interior de la persona como ser-relacionado de regular la conducta de los conglomerados sociales en los más diferentes aspectos para lograr objetivos de paz, seguridad y desarrollo.

“El hombre es por naturaleza social y de ahí nace, como de su fuente originaria y natural, la república o sociedad civil humana”. Existe en la persona individual “la imposibilidad de realizar individualmente su perfeccionamiento como hombre”. El ser humano necesita de los demás, “primero la necesidad de defenderse contra los peligros, y, segundo la necesidad de tener a su alcance cuanto se ordena a su conservación y progreso, frase esta de Francisco de Vitoria, citada por su biógrafo Ramón Hernández.(9)

La necesidad de regular y proteger la convivencia se ha sentido siempre por el hombre. Todas las religiones establecen preceptos para que en el hombre y en la sociedad reine el bien, la libertad, la verdad, la paz. Las sociedades necesitan regulaciones. Los hombres debemos tener positivizados nuestros deberes y derechos, verlos, sentirlos, captarlos como una labor pedagógica. Ello se encuentra en nuestra naturaleza: la concreción y necesidad de deberes y derechos y la necesidad de quien gobierne para ordenar y proteger a la persona en lo individual y lo social.

El derecho solo regula derechos y deberes en el plano de lo exterior aunque es inescindible en el hombre sus actos internos y externos, su individualidad y sociabilidad. El ser humano necesita defenderse contra los peligros y tener a su alcance cuanto se ordene a su conservación y progreso, en expresión del jurista Francisco De Vitoria. Por ello es un requerimiento de Justicia, Igualdad, Libertad todos los esfuerzos por describir, señalar y detallar los derechos humanos y los derechos fun-

damentales que son de la persona por ella, para ella y en ella, y por establecer mecanismos de defensa, garantía y sanciones en el plano nacional e internacional, como se han establecido en América y Europa. Pero esta necesidad primaria de los hombres de declarar los derechos y, en especial, los derechos humanos no puede privar su reconocimiento universal por las exigencias de la naturaleza corpóreo-espiritual de la persona humana.

La apertura que hemos realizado en el siglo XX hacia su reconocimiento en declaraciones internacionales y en constituciones es un avance que requiere más esfuerzo político para consolidar la defensa de la persona de quienes deberían ejercer el poder para su servicio y lo utilizan para satisfacer sus propias pasiones y egoísmos. Considero necesaria el desarrollo de y concreción de la Corte Penal internacional establecida en el Estatuto de Roma por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para su establecimiento el 17 de julio de 1998 y instituir procedimientos expeditos que sean una advertencia y mensaje claro para los gobernantes que desvíen el fin de servicio orientado a bien común en el ejercicio del poder.

Los tribunales que han juzgado crímenes contra la humanidad han sido un requerimiento de justicia para juzgar a quienes han derramado mucha sangre y repartido sufrimiento a manos llenas con sus injusticias y arbitrariedades al seguir en su actuación al mando de los gobiernos de los pueblos la vieja conseja del “seréis como dioses” que en relación con nuestros primeros padres relata el Génesis. Lo que confirma en los dictadores la ruptura íntima de sus relaciones consigo mismo y con las demás personas y la desnaturalización de los fines naturales de los Estados en los logros por establecer las condiciones de desarrollo individual y social.

Los derechos del hombre, y así lo proclamó Francisco de Vitoria, “constituyen el mejor límite del poder. Esos derechos del hombre son el valladar más fuerte ante cualquier abuso del poder porque están incrustados de modo inseparable en la naturaleza humana” El problema principal de la teoría jurídica política es la conciliación de los derechos de las personas y la soberanía del Estado, ahora agravado por los fenómenos que se presentan por la globalización. Sin embargo es necesaria la protección del individuo frente a las excesivas injerencias del poder político.

De allí la afirmación del profesor José Luis Cascajo: “el rasgo definitivo de los derechos fundamentales es que limitan la acción del Estado y son indisponibles para el poder político.

Creo interpretar la necesidad del pueblo español desde la muerte del dictador de que se estableciera un catálogo de los derechos fundamentales amplios sin sistematización y se suscribieran los tratados internacionales sobre derechos humanos del 10 de diciembre 1948 y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950. Era hacer una lista innumerable de libertades públicas y derechos fundamentales que estuvieron ausentes de la vida pública española durante muchos años. Fue un modo de sentirlos presentes.

Delimitación del concepto de d.f. y derechos humanos

El autor citado Pérez Luño tiene como criterio para delimitar la terminología de derechos humanos y d.f. el diferente grado de concreción positiva de las categorías íntimamente relacionadas con estos dos derechos. Reserva el término derechos fundamentales para “designar los derechos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula de los derechos humanos, sería para denominar los derechos naturales positivizados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.”(10)

Los conceptos de los derechos humanos y derechos fundamentales los establece Pérez Luño de la siguiente manera:

Los derechos humanos son entendidos como un “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”

Los derechos fundamentales son “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.”

“Los derechos humanos aúnan, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y conve-

nios internacionales, una connotación prescriptiva y deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que debiendo ser objeto de positivación no lo han sido.

Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan solo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho Positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho.(11)

La observación que hacemos al respecto es que tales definiciones tienen un aspecto pedagógico pues los d.f. se confunden con los derechos humanos y lejos de contradecirlos son un complemento que tiene además de la legislación constitucional española el señalamiento vinculante de que los d.f. y las libertades que se reconocen serán objeto de interpretación de conformidad con al Declaración de los Derechos Humanos y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2).

III. Principios Constitucionales de los derechos fundamentales

Los procesos constituyentes son complejos y difíciles al confluir una serie de factores históricos, políticos, económicos, sociales. En la España de 1975, al sepultarse un régimen con su creador, todo el proyecto político se trazó como objetivo fundamental en una nueva Constitución todos los instrumentos que sirvieran como marco para construir la nueva España, la que de manera invisible estaba presente en el alma de cada español, que sentía que el siglo veinte con todo el bien y el mal que acumuló, no se había asomado a la ventana de su historia política.

Las Constituciones, como lo señalo el profesor Cascajo, no pueden ser un dogma. Los hombres se equivocan. Las Constituciones manejan realidades extra-jurídicas, personas, política, principios, familia, trabajo, salud, economía, medio ambiente, descentralización, normas internacionales y regionales. No deben tener por tanto un rigor jurídico absoluto. Las realidades a veces están por encima de los dirigentes y de los sistemas políticos, como lo ha demostrado la historia. En este sentido los

españoles al dictar la nueva Constitución establecieron un catálogo de los diversos productos como se dijo de la transición política, lo que explica su carácter «amplio y complejo donde abundan las disposiciones programáticas y afirmaciones retóricas con promesas políticas de difícil concretización». «No obstante la extensión y prolijidad, lo cierto es que el ordenamiento constitucional español ha realizado un verdadero esfuerzo por delimitar y asegurar un ámbito de libertades que permitan al individuo y a los grupos sociales protegerse frente a la acción del Estado» (12).

La democracia es el único sistema que tiene en su esencia reflejado la condición imperfecta de las personas y las regulaciones de la vida social, política y económica. De ahí la necesidad de establecer los principios esenciales relativos a la persona en el plano positivo, para que tengan la vía de la coercibilidad. Este es un requerimiento para la efectividad de los derechos humanos y de los derechos fundamentales tanto a nivel nacional como internacional

En este sentido «Los derechos fundamentales y libertades públicas son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo (STC 39/1983, FJ3). Los derechos fundamentales parten del reconocimiento de la libertad y dignidad de la persona, son su paradigma y justificación y en el orden social tienden a la búsqueda de la igualdad y la justicia.

La Constitución Española asienta el fundamento del orden político y de la paz social en la dignidad de la persona y en los derechos que le son inherentes, en el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás (artículo 10. 1). Este artículo encabeza el título primero que contiene los derechos y deberes fundamentales y el reconocimiento de los tratados internacionales como fuente de interpretación de estos derechos. (Art. 10.2).

Los derechos fundamentales se encuentran detallados y desarrollados en sus diversas concepciones en los artículos 10 al 55 de la Constitución Española. Pero hay un bloque que constituye el núcleo central dentro de esta amplia gama de d.f. En efecto las violaciones de los derechos fundamentales y libertades establecidos en los artículos 14 al 29 y 30.2 configuran los supuestos únicos para invocarlos como causa en el

recurso de amparo(art 53.2).De esta forma reafirman su efectividad en los conflictos de intereses que se presenten en los actores del proceso judicial. Por tanto gozan para quienes tienen la legitimidad activa, todos los ciudadanos, de un derecho subjetivo que puede reclamarse mediante el ejercicio de la acción de amparo a los fines de que se les restablezca en el ejercicio de sus derechos.

Si no es posible su exigencia por la fuerza legal tales derechos quedan en letra muerta. Las personas al sentirse protegidas y tuteladas por los Tribunales de Justicia, que sentencien en contra de los actos o decisiones del poder central o descentralizado, otorgan credibilidad al Estado Social y Democrático de Derecho, cuando se les restablecen en sus derechos.

Sin embargo hay otro grupo que describe descripciones constitucionales que se podrían calificar de principistas. Son parámetros para iluminar la acción del gobierno. Son normas que marcan fines que deben ser cumplidos por el Estado sin que pueda exigirse por la vía del recurso de Amparo. Estos principios rectores de la política social y económica son el norte para que el Estado planifique sus acciones en esta materia y logre la concreción de los valores superiores de la Constitución española, en especial la Justicia y la Igualdad. Tales normas sancionan los principios rectores de la política social y económica en los artículos 39 al 52. Estos dispositivos legales requieren mucha acción de planificación económica y social de los poderes constituidos en especial del Ejecutivo y Legislativo. La protección y promoción de estos principios rectores constituyen un reto para la estabilidad del sistema democrático.

No vamos a enumerar el cuadro de los principios rectores de la política social y económica ni de los derechos fundamentales. En cuanto a estos últimos nos limitaremos a realizar una síntesis de los principios constitucionales sobre los derechos fundamentales y un esbozo de sus garantías.

Garantías de los d.f.

La Constitución como norma suprema del Estado tiene que establecer los principios y garantías que iluminen y conduzcan la reflexión y decisión de quienes ejercen el poder para lograr los altos fines del Estado y los medios adjetivos eficaces para hacerlos cumplir.

Los principios y las garantías de la Constitución Española en materia de d.f. por su carácter indisponible e intangibles, son el hilo conductor para buscar en el orden político la paz social basada en la dignidad de la persona como lo establece el artículo 10.

Pero además se requieren mecanismos adjetivos para que los d.f. sean eficaces y garanticen su restablecimiento sin son vulnerados en su ejercicio. «La necesidad de la coercibilidad es de la esencia del derecho. La protección de los d. f quedaría en entredicho de no hallarse previstos instrumentos normativos de garantía dirigidos a evitar la alteración de su contenido» (13)

La sistematización del cuadro de garantías para tutelar los derechos fundamentales se clasifican en tres aspectos: 1) Garantías normativas. 2) Garantías jurisdiccionales y 3) Garantías institucionales.

1. Garantías normativas

Las Garantías Normativas tienen como fin fundamental asegurar que los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial actuarán de acuerdo con los principios constitucionales, de carácter intangible e indisponibles y respetarán sus contenidos esenciales sin que puedan cambiarlos o modificarlos. De allí los cuatro principios que se citan de seguidas.

1.1. Principio de la vinculatoriedad

Los principios normativos sobre las libertades públicas y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución española vinculan a todos los poderes públicos. El artículo 53 del texto constitucional establece: “Los derechos y libertades reconocidos por esta Constitución vinculan a todos los poderes públicos”. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha asentado que “todos aquellos entes y sus órganos que ejercen un poder de imperio derivado de la soberanía del Estado quedan sujetos por la Constitución a respetar y proteger los derechos fundamentales o, dicho de modo más claro, a reconocer la identidad jurídica propia a partir de la sola Constitución, de tales derechos”. (STC 35/1983, FJ 3.).

Podría resumirse como característica de este principio de vinculatoriedad los siguientes aspectos relevantes: 1) Identidad propia de los derechos fundamentales. 2) Límite de los poderes públicos. 3) Condición ordenadora de toda la convivencia social, política y jurídica. 4) Vinculación general de respeto de todos los poderes públicos. 5) Intangibilidad de los derechos fundamentales. 6) Existencia legal basada en el solo texto constitucional sin necesidad de otro instrumento jurídico.

“Los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos. Este principio general de aplicación inmediata no sufre más excepciones que las que imponga la propia Constitución, expresamente o bien por la naturaleza misma de la norma. (STC 254/1993 FJ 6)

1.2. Principio de la protección reforzada

Por otra parte las libertades públicas y derechos fundamentales tienen como principio el denominado protección reforzada de los derechos fundamentales. No se puede reformar el núcleo central de la Constitución en esta materia. La exigencia del articulado de la ley de leyes sobre este aspecto (artículo 168) consagra casi una intangibilidad por la complejidad en cuanto a su procedimiento y las exigencias para hacerlo. En expresión de Pérez Luño el procedimiento de reforma es “rígido” y equiparable a una “revisión total de la Constitución”.

1.3. Principio de la reserva legal

Por otra parte existe el principio de la reserva legal por el cual los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución solo pueden ser regulados por ley orgánica dentro de los criterios fijados en dichas normas. Las materias del texto no pueden regularse por el Poder Ejecutivo, solo puede hacerlo el Poder Legislativo.” Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa. (STC53 1985, FJ 4)”. Este principio de reserva entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la

regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes. (STC 83/1984 FJ 3)

1.4. Principio del contenido esencial

Dentro del texto de la regulación legal de los derechos fundamentales que realice el Poder Legislativo se deberá respetar el contenido esencial y de ahí nace el principio del contenido esencial de los derechos fundamentales. En cuanto al concepto de contenido esencial de los derechos fundamentales se plantea una indeterminación para el legislador. Creo que tendrá necesidad de acudir a otras ramas del saber humano para poder perfilar las normas jurídicas que desarrollen el contenido esencial. Ello será necesario para fijar y concretar este concepto dentro de la gama de d.f.

Sin embargo la jurisprudencia ha establecido dos criterios basados en la identificación de la naturaleza jurídica de ese derecho fundamental, y como otro factor precisar el alcance de los intereses protegidos por ese mismo derecho.

El primer criterio “equivale a la naturaleza jurídica de cada derecho que se considere preexistente al momento legislativo; en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de este tipo abstracto en la regulación concreta, de forma que los especialistas en Derecho puedan responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo”.

El segundo criterio “corresponde a los intereses jurídicamente protegidos, en el sentido de que se lesionaría el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”. “Estos métodos de delimitar el contenido esencial no son alternativos, sino que se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de todo concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse. (STC de 8 de abril de 1981, en BJC, 1981 n.2, pp. 93-94).

En este sentido el catedrático Pérez Luño señala , luego de esta explicación de los dos criterios, la tesis que se esboza con relación al contenido esencial, que ha tenido en España una influencia muy marcada de la doctrina y jurisprudencia alemana.

Explica la teoría positiva del contenido esencial en la que este concepto “ se vincula a la protección normativa de los intereses defendidos por el Derecho, mirando siempre a la tutela de la voluntad o autonomía individual frente a posibles intromisiones del Estado”.

Conceptúa la teoría de los valores que identifica el contenido esencial” con el núcleo objetivo intrínseco de cada derecho, como entidad previa a la reglamentación legislativa”.

De seguidas indica la teoría institucional “que define el sentido, alcance y condiciones del ejercicio de los d.f..Por ello la protección del contenido esencial debe entenderse como una garantía institucional que hace referencia a los fines objetivamente establecidos en la Constitución, y en función de los cuales precisamente , se reconocen los derechos y libertades fundamentales”.(14).

Este autor luego señala que la teoría ius-naturalista crítica “puede ampliar el background de datos significativos para delimitar el contenido esencial con la apelación a la conciencia histórica que posee la entera humanidad, en el momento presente, de sus valores y derechos fundamentales” y señala que debe acudir a los tratados internacionales sobre la materia como lo señala el artículo 10.2 para precisar “un concepto de difícil determinación”.

En este sentido, la CE en su preámbulo y artículo 10.1 configura criterios para la interpretación del concepto “garantía del contenido esencial”. Si en el texto constitucional la dignidad de la persona se considera como el “punto de arranque lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos (STC 53 1985 ,FJ 3). Si se estatuye que todo el “orden político y la paz social” están fundamentados en “la dignidad de la persona”. Se entiende que todo el mecanismo que se propugne como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político que tienen como “causa al hombre” deben constituir la definición de todos los derechos fundamentales.

En los métodos señalados de interpretación del alcance de la expresión constitucional de contenido esencial, deben tomarse en cuenta que la persona es el sujeto y el objeto del derecho ya que la “dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre- también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad , constituyendo, en consecuencia, un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que en cuanto ser humano, merece la persona.” (STC 120/ 1990, FJ 4).

En el mismo orden de ideas la libertad de la persona entendida como el poder radicado en la razón y en la voluntad, de obrar o de no obrar, de hacer esto o aquello, de ejecutar así por si mismo acciones deliberadas, y la justicia definida como la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno, deben ser valores superiores, guías principales para delimitar por los legisladores el contenido esencial de los d.f.

Dentro de estos altos objetivos fijados en la CE debe fijarse el concepto de contenido esencial de los derechos fundamentales teniendo en cuenta como fin la persona tanto en su dimensión individual como social.

2. Garantías jurisdiccionales

Las Garantías jurisdiccionales se consagran para establecer mecanismos de defensa de los d.f. con el fin de que se deciden en los Tribunales conflictos intersubjetivos entre los actores de la vida social, política y económica en los casos concretos que se presenten. El significado de la constitucionalización de los d.f. constituye “... un derecho a partir de la cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los tribunales ordinarios..” (STC 71/1982 FJ 13)

En la teoría general del proceso, la acción intentada ante la Jurisdicción que se le atribuya la competencia tiene como objetivo que se dicten decisiones que interpreten en un caso concreto los principios y normas constitucionales en materia de d.f. para restablecer su ejercicio y eficacia.”De ahí que en muchas ocasiones, la tutela de los derechos y libertades se identifique con los instrumentos de su protección judicial” . (16)

La doctrina constitucional española señala como garantías genéricas de todos los derechos o intereses constitucionalmente protegidos las siguientes: a) el debido proceso; b) el recurso de inconstitucionalidad; c) la cuestión de inconstitucionalidad planteada por los jueces ordinarios en un proceso; d) el control previo de la constitucionalidad de tres instrumentos legales de importancia para el orden político y la paz social : Los Estatutos de Autonomía, las Leyes Orgánicas y los Tratados Internacionales y e) dos medios de garantía: el habeas corpus y el recurso de amparo.

El primero se estatuye en el artículo 24 en el que se reconoce la tutela judicial efectiva, el derecho al juez natural y el debido proceso en su aspecto formal (fases predeterminadas y preclusivas) y en su aspecto material (respeto en cada acto del proceso de los derechos fundamentales).

El segundo es el recurso de inconstitucionalidad, el cual es de la competencia del Tribunal Constitucional para conocer las violaciones constitucionales contenidas en las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La legitimación activa de tal recurso es calificada en razón de que solo los altos funcionarios del Estado (162. 1 a) pueden interponer tal recurso(Título II de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Asimismo existe la posibilidad de que los órganos judiciales ordinarios pueden plantear en la solución de conflictos singulares una “cuestión de inconstitucionalidad” una vez concluido el procedimiento y en el plazo de dictar sentencia, sin que tenga carácter suspensivo en razón de que consideren que existen normas contrarias a la C.E que tendrán que aplicar en el caso concreto.

De igual forma existe un control previo de la constitucionalidad en tres instrumentos legales: Los Estatutos de Autonomía, las Leyes Orgánicas y los Tratados Internacionales. En este sentido hay que señalar que la función del Tribunal Constitucional en España lo constituye, como la propia ley que lo regula, estatuye en “interprete supremo de la Constitución” y en arbitrio de Derecho de todos los conflictos de los órganos del Estado por su independencia.

En cuanto a otros medios de garantía se pueden mencionar el habeas corpus y el amparo. El primero se dirige esencialmente a defender la libertad personal en contra de los actos ilegítimos que la vulneren.

El recurso de amparo ordinario es otro medio de protección específica de los derechos fundamentales establecido en el artículo 53, 2. Su naturaleza es de carácter constitucional. Su función es constatar las lesiones del núcleo central de los derechos fundamentales o libertades en los casos concretos y restablecer de manera preferente (prioridad en expresión del T.C.) y sumaria (con rapidez ha dicho el T. C.) plenamente la violación infringida.

En el recurso de amparo no se permite evaluar ni juzgar hechos sino normas. El recurso de amparo solo protege los derechos establecidos en los artículos 14 al 30, pues únicamente estos son invocables por esta vía. El recurso de amparo es un remedio subsidiario solo se usa cuando se agotan las vías ordinarias.” El recurso de amparo se ha establecido por el constituyente y configurado por el legislador como un medio procesal para recabar la tutela de los derechos y libertades proclamados en los artículos 14 a 30 (...) y sólo con la finalidad de restablecer o preservar los mismos(...) “. (STC 64/1991, FJ 4) .

3.Garantías institucionales

Las Garantía institucionales son aquellas en las que se le atribuyen a determinados órganos del Estado funciones de defensa de los d.f. de conformidad con el ámbito de las competencias que tienen asignadas. Los medios de control parlamentario que tiene el poder Legislativo y sus atribuciones en materia de d.f. le imponen una serie de actuaciones en las que deben tener las iniciativas de información, control e investigación del gobierno en esta materia.

La tarea de información que debe tener el parlamento de las decisiones y proyectos del gobierno y en cualquier asunto de interés público impulsa su actuación, la cual debe concretar en los diversos instrumentos que se señalan en la disposiciones constitucionales.

El primero, de carácter proteccionista contra las posibles violaciones de los d.f., entre los que se mencionan: a) el control parlamentario de la acción del gobierno y la potestad legislativa(66.2); b) nombrar comisiones de investigación en asuntos de interés público (76.1) las cuales solo tendrán naturaleza informativa para otros órganos del Estado, y c) el derecho de petición individual y colectiva por escrito a las Cámaras,

las cuales podrán exigir al Gobierno las respuestas a tales solicitudes(77.1).

Las funciones señaladas de manera directa o indirecta pueden ser ejercidas dentro del ámbito de la violación de los d.f. y las libertades públicas en situaciones de extralimitación de funciones, abuso de poder o violación de los principios constitucionales por parte del gobierno que pueden transgredir los d.f. considerados como la base del orden político y de la paz social (art. 10.1). Toda estas competencias deben ejercerse dentro del objetivo central de que el poder legislativo debe impulsar la promulgación de leyes en materia de d.f. ya sea por iniciativa de sus miembros o por así requerirlo el bien común. Y éste último aspecto introduce otra garantía institucional que se denomina la iniciativa legislativa popular. El desarrollo legislativo de los d.f. puede retrasarse por omisión del parlamento o del gobierno. Para ello se atribuye a la participación ciudadana la iniciativa de leyes para la presentación de “proposiciones de ley “ (Art. 87.3) la cual se encuentra regulada por la Ley Orgánica, reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular. Por último el artículo 54 consagra la institución del Defensor del Pueblo como comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales. Esta Institución se rige por la Ley Orgánica 3/1981 del 6 de Abril.

Notas

- 1) En igual sentido, puede señalarse que en la reciente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 se dispone en su preámbulo que se deben consolidar “ los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley, para ésta y las futuras generaciones” Y en su artículo 2 estatuye: “Venezuela se constituye en un estado Democrático y social de Derecho y Justicia , que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad la solidaridad, la democracia , la responsabilidad social y en general la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

- 2) Agustín S. De Vega Revista número 26 de las Cortes Generales, 1992 ,
pagina 72
- 3) Pérez Luño Antonio E, Los Derechos fundamentales, Editorial Tecnos ,
Madrid, 1998 página 55.
- 4) Aparicio Miguel, Introducción al sistema político y constitucional
español, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1994 , pag. 48 y 49.
- 5) Pérez Luño Antonio E, op. cit. pp. 58,59 y 60.
- 6) Aparicio Miguel, op. cit. pp. 48,49,50 y 51.
- 7) Aja Eliseo, El Estado autonómico, federalismo y hechos diferencia-
les, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pagina 14.
- 8) Pérez Luño Antonio E, op. cit. p. 48,49,50 y 51. Puede leerse también
en la página 107 y siguientes sus reflexiones sobre la fundamentación
y sistema de los derechos y libertades constitucionales.
- 9) Hernández Ramón, Francisco De Vitoria, Semblanzas I, Editorial Ope,
Caleruega, Burgos, España 1983, página 48.
- 10) Pérez Luño Antonio E . op. cit. p. 44.
- 11) Pérez Luño Antonio E . op. cit. p. 46 y 47.
- 12) Aparicio Miguel, op. cit, página 100.
- 13) Pérez Luño Antonio E. Op. cit. p. 68.
- 14) Pérez Luño Antonio E . op. cit. p. 77 , 78 y 79.
- 15) En relación con el aspecto de considerar los tratados internacionales
sobre los derechos humanos como fuente de interpretación en la con-
cepción de la C. E. se señala que en la Constitución de la República
Bolivariana de Venezuela en su artículo 21 se consagra el principio
de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos
en los siguientes términos: "Los tratados, pactos y convenciones re-

lativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tiene jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República y son de aplicación inmediata y directa por los Tribunales y demás órganos del Poder Público.

«Se destacan , de esta disposición los siguientes aspectos: primero la jerarquía constitucional de los tratados , pactos y convenciones sobre derechos humanos; segundo, la aplicación prevalente de los mismos en relación con la Constitución y las leyes, si establecen normas más favorables ; y tercero la aplicación inmediata y directa de los mismos por los órganos que ejercen el poder público». Allan Brewer Carías, La Constitución de 1999, Editorial Arte, Caracas, Venezuela , año 2000.

16) Pérez Luño ,Antonio E. op. cit, p.80.

OBSERVACIONES AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO Y SU TEXTO

Ricardo Henríquez La Roche

La Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución de la República establece que, dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará, «una ley orgánica Procesal del Trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y en las leyes. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del juez o jueza en el proceso».

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha tenido la iniciativa de preparar un Anteproyecto de Ley, sobre la base de antecedentes legislativos importantes y la colaboración de expertos juristas, que tiene como fundamento la instrumentación del proceso oral, atenido a lo que la Relación Grandi¹ denomina el principio de adaptabilidad del proceso a la causa. Es así como la estructura del proceso oral, de vieja data², queda concretada en el Anteproyecto en una fase introductoria que culmina con la Audiencia Preliminar, a cargo de un Tribunal de Sustanciación y de Ejecución (Juez de Control en el proceso penal) y una fase decisoria a cargo de un Tribunal de Juicio en el cual tiene lugar la Audiencia Oral y Pública (*orality in open Court*), previéndose también la rotación (Art. 11) de unos jueces por otros: los de sustanciación, cum-

¹ Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil italiano de 1940 elaborado por Enrico Redenti, de la Universidad de Bolonia, Francesco Carnelutti, de la Universidad de Milán, Piero Calamandrei, de la Universidad de Florencia y Leopoldo Conforti Magistrado de la Suprema Corte de casación. Denominase Relación Grandi porque fue presentada por el entonces Ministro Guardasellos.

² La Audiencia Preliminar del proceso oral (cfr Arts. 330 COPP) es una reminiscencia de la *litis contestatio* del proceso romano, la cual no constituía propiamente una contestación a la demanda, sino un trámite pre-judicial y de mero trámite, diríamos ahora (fase *in iure*) ante el pretor para escoger la *legis actio* o, en período posterior, la fórmula según la cual se iba a resolver la controversia. Cumplida esa fase inicial, se pasaba a la fase propiamente judicial, *apud iudicem*; a jueces privados escogidos por los contendores, quienes tenían la misión de dilucidar la litis en los términos de la fórmula. Este esquema procedimental nos viene a los latinos europeos y americanos del Derecho anglosajón, cuyos antepasados lo adoptaron a su vez del proceso latino.

plido un plazo fijado, pasan a desempeñar las funciones de juzgamiento y viceversa, los jueces de mérito pasan a la tarea de sustanciación.

No es nuestro propósito en este artículo elaborar un análisis completo, ni siquiera parcial, del texto, ni tampoco exponer y desarrollar los principios de oralidad, inmediatez, concentración y publicidad que caracterizan al proceso verbal. Sólo pretendemos hacer una crítica constructiva al Anteproyecto —en nueve puntos—, dada la gran importancia que éste tiene para la recta administración de justicia laboral, la cual no puede prescindir de la abstracción procesal, de la preexistencia y objetividad de la ley, ni de la imparcialidad y demás garantías constitucionales del debido proceso.

1. FUERO ELECTIVAMENTE CONCURRENTE

El artículo 29 establece: *Las demandas o solicitudes se propondrán por ante el Tribunal de Sustanciación y Ejecución competente por el territorio. Se consideran competentes los Tribunales del lugar donde se prestó el servicio, o donde se puso fin a la relación laboral, o donde se celebró el contrato de trabajo, o en el domicilio del demandante, o en el domicilio del demandado, a elección del demandante. En ningún caso podrá establecerse o convenirse un domicilio que excluya a los señalados anteriormente.*

Esta norma lógicamente no se extiende, en principio, a la derogación convencional de la jurisdicción venezolana, porque lo prohíbe el artículo 2° del Código de Procedimiento Civil, por aplicación de los artículos 6° del Código Civil y 10 de la Ley Orgánica del Trabajo. Ahora bien, si el *demandante* es el patrono, pretendiendo una sentencia de declaración de mera certeza, puede el trabajador correr el riesgo de tener que litigar en un fuero territorial que quizá no sea el más conveniente, por la no cercanía de la prueba (vgr., domicilio de los testigos oculares). El ejemplo de acciones mero declarativas propuestas por el patrono no se subsume, según nos parece, a la prohibición contenida en el último precepto del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil que pretende la economía procesal.

El concepto “demandante” no deba tomarse siempre como sinónimo de trabajador. Ni tampoco puede tomarse el concepto de “trabaja-

dor” como criterio procesal para determinar al juez territorialmente competente, pues si tal cualidad forma parte de su pretensión, en el sentido que el actor pretende ser reconocido como trabajador del demandado, o bien este último cuestiona en su litiscontestación el carácter laboral de la relación sustancial, resulta que no existirá certeza en el criterio o cualidad determinante de la persona que podía elegir el fuero territorial entre las opciones que brinda la norma. En otras palabras, no es buena técnica legislativa determinar efectos procesales sobre la base de cualidades sustanciales.

2. CAUSALES DE INHIBICIÓN Y RECUSACIÓN

El artículo 30 contiene una actualización conveniente del número de causales que establece el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil y difiere del artículo 83 del Código Orgánico Procesal Penal, en cuanto éste añade al final una causal genérica.

Sin embargo, se echa de menos una norma que evite la taimada intención de algunos abogados de granjearse la enemistad del juez para lucrarla como “abogados sacacorchos” (frase tomada de la jerga forense), es decir, de abogados que se prestan para obtener la inhibición de jueces enemigos suyos. La ausencia de la norma que obliga a la inhibición del apoderado, esto es, el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, debiera ser incorporada en el Proyecto, estableciendo una mejor redacción en el sentido de concretarla a las causales de inhibición que obren contra el abogado superviniente. Así, pues, la causal 4ª del Proyecto, por ejemplo, no impediría el ejercicio del abogado amigo íntimo del juez, toda vez que la causal obra contra la parte contraria, y ésta puede allanar el *impasse*.

3. LLAMAMIENTO EN CAUSA DE TERCEROS

El artículo 54 señala: *El demandado, en un proceso en el que considere que otra persona además o en lugar de él, tiene alguna obligación o responsabilidad en la cuestión controvertida, debe denunciarle, indicando su nombre y domicilio a los efectos que se le notifique del pleito, bajo responsabilidad de los daños y perjuicios que correspondieren por su omisión.*

Esta norma se completa con el artículo 65: *Los intervinientes y sucesores en el proceso lo tomarán en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención.*

Ambas reglas están basadas en el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica (Arts. 63 y 65), pero es importante señalar en la disposición que la “notificación del pleito” no constituiría al tercero en parte del juicio, no es una *in jus vocatio*. Porque, de serlo, podría quedar totalmente indefenso y sin la posibilidad de hacer pruebas —teniendo que tomar el proceso en el estado en que se encuentre— si su obligación o cualidad (deudor solidario, copatronazgo) es denunciada tardíamente. Si, por el contrario, el Proyecto pretende que la notificación sí constituya un llamamiento a la causa, habría que aclarar en la norma la oportunidad de defensa o hacer una remisión a los artículos 382 y 383 para que ese tercero que forzosamente es traído a juicio pueda hacer valer sus alegatos previamente y participar en el debate oral público.

4. LITISCONSORCIO NECESARIO

El artículo 58 resulta ininteligible al haber sido eliminados inadvertidamente los dos textos entre paréntesis del artículo 56 del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, los cuales, ciertamente, son expresiones demasiado técnicas. En otras palabras, gramaticalmente faltan los sujetos para que adquieran sentido los pronombres personales “aquéllos” y “éstos”.

El artículo 58 debiera redactarse así: *Cuando por la naturaleza de la relación jurídica sustancial que sea objeto del proceso, no pudiere pronunciarse sentencia útilmente sin la presencia **de los demandantes** o el emplazamiento **de todos los demandados**, aquéllos deberán todos comparecer y éstos deberán todos ser emplazados en forma legal.*

Sin embargo, conviene hacer notar que en las relaciones laborales realmente es difícil imaginarse un caso en el que haya verdadero litisconsorcio necesario, el cual puede ser definido como aquel en el que la cualidad (*legitimatío ad causam*) de una única relación sustancial controvertida está fraccionada o repartida entre dos o más personas (vgr., impugnación de paternidad, Art. 208 del Código Civil). El litisconsorcio necesario tratado en este artículo 58 del Proyecto, no debe confundirse

con la conexión jurídica de causas que provoca una acumulación intelectual de las mismas en cuanto siendo múltiples las relaciones sustanciales (laborales) todas ellas reclaman una misma solución jurídica. Esta conexión la define Piero Calamandrei como “conexión impropia” en su obra *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. El ejemplo típico de conexión impropia es el de los juicios laborales iniciados por un grupo de trabajadores; allí hay tantas relaciones de trabajo como trabajadores demandantes. Se da también, comúnmente, en el caso de fraccionamiento de obligaciones o créditos por sucesión *mortis causa*. De hecho, la conexión impropia está prevista en el artículo 57 del Anteproyecto.

5. AUDIENCIA PRELIMINAR

La Audiencia Preliminar está reglamentada en los artículos 123, 124 y los que comprende el Capítulo II (125 ss):

- a) Es necesario tomar en cuenta que no existe plena garantía para el demandado de poder ejercer su derecho constitucional a la defensa en juicio, pues, mientras el demandante puede demandar y presentar sus pruebas (Art. 68) a su criterio escogiendo el día y la hora que más le convenga, al demandado se le impone la carga de tener que asistir a un día y una hora determinada, volviendo la Ley a los viejos avatares y riesgos inminentes del Código de Procedimiento Civil de 1916, en los que la normativa se prestaba para argucias y sorpresas imprevistas que provocaban la confesión ficta (Art. 127); añadiéndose ahora el agravante de que el Anteproyecto no concede la hora de espera que tenía anteriormente el demandado en todo juicio y deja al demandado en la imposibilidad de hacer la contraprueba de los hechos alegados en la demanda; puesto que no le es permitido presentar sus pruebas (o promoverlas) con posterioridad (Arts. 69 y 124), al punto de que los Jueces proceden de inmediato a sentenciar sin lapso probatorio alguno (proceso contumacial) (Art. 127 en sus dos párrafos).
- b) El Anteproyecto no garantiza plenamente la igualdad de las partes en el proceso que es una garantía deviniente de la igualdad ante la ley consagrada por la Constitución de la República: *Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley, y en*

consecuencia: (...) 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva.

- c) En el Anteproyecto no se prevé la **contestación a la demanda** con anterioridad a la Audiencia Preliminar. Está prevista la contestación a la demanda para el día de la audiencia oral (Art. 149), so pena de confesión ficta si no comparece el demandado. ¿Hay un contrasentido en ese orden de los dos actos (contestación y audiencia preliminar), teniendo en cuenta que la prueba está en función de los hechos admitidos o negados?. El Anteproyecto nada dice al respecto en su Exposición de Motivos, no obstante la singularidad y novedad de esta forma. Pareciera partir de una óptica diferente inspirándose, quizá, en el derecho adjetivo penal donde no existe propiamente una contestación a la pretensión sino una audiencia al reo. O quizá en la figura pre-judicial (*pre-trial*) anglosajona del *discovery* (descubrimiento de las pruebas): si estos son los hechos admitidos por ambas partes, si el resultado de las pruebas preconstituidas antes del debate oral ya es conocido, el demandado está en posición de rechazar en la audiencia oral los supuestos de hecho que no admite (cuya demostración deberá hacerse acto seguido en esa audiencia oral) y de contradecir el derecho que pretende el actor se aplique a los hechos libelados. Consecuencialmente, las pruebas evacuadas por el demandante antes del debate oral (experticias, inspecciones, etc.) pueden resultar inocuas y superfluas, causantes de gastos innecesarios, en el entendido de que el demandado nunca pensó en contradecir esos hechos comprobados preliminarmente. Por otra parte, hay que tomar en cuenta que el establecimiento de los hechos no sólo es o puede ser parcial en el momento que el artículo 149 asigna para formalizar la contestación a la demanda, toda vez que las pruebas se evacúan en la audiencia oral de primera instancia, inmediatamente después de la contestación. Por otra parte, no hay una instrucción previa en este diseño de proceso laboral que cumpla la función de las pesquisas y averiguaciones de orden penal, ni existe un *discovery* preliminar que permita una concertación concreta sobre cuáles son los hechos incontrovertidos. Aparte de esto, débese to-

en mar en cuenta que la contradicción del demandado puede no estar fundada en los supuestos de hecho, sino en la calificación jurídica que pretende darle la demanda. Percibimos esta modalidad como muy ajena y extraña a nuestra idiosincrasia forense, difícil de entender y asumir por parte de abogados y jueces a la hora de su implementación práctica, y sin garantía de utilidad práctica para una justicia más rápida y efectiva.

- d) Este sistema es radicalmente novedoso y no hay registros de experiencia alguna en este sentido. Parece más conveniente seguir los modelos de juicio verbal existentes: anteponer el escrito de contestación a la demanda —para ser consignado dentro de un plazo razonable y no en una audiencia específica, del modo que lo prevé el Código de Procedimiento Civil vigente— y celebrar desde luego el acto del Tribunal denominado Audiencia Preliminar, en día y hora prefijados, concediendo una hora de espera a ambos litigantes, a fin de que los efectos funestos que se derivan de la incomparecencia (desistimiento presunto de la demanda para el demandante según el Art. 126, y la extemporaneidad de promoción de pruebas del demandado según los Arts. 96 y 124 con la subsiguiente aplicación de un procedimiento en rebeldía (proceso contumacial).
- e) En la Audiencia Preliminar tendrán lugar los actos de subsanación del proceso (despacho saneador) y mediación judicial con miras a una conciliación (Art. 128 ss). Pero también estará consumada la traba de la litis, la definición del programa de debate oral y público, y por ende, el ámbito de la actividad probatoria. De allí que sea necesario establecer una oportunidad para la contestación a la demanda con carácter previo a la Audiencia Preliminar (véanse Art. 865 del Código de Procedimiento Civil, Art. 298,3 Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, y, con las particularidades propias del proceso penal, Art. 332 del Código Orgánico Procesal Penal).

6. PRUEBA DEL DEBATE EN APELACIÓN Y CASACIÓN

Las filmaciones como prueba de la audiencia oral (reproducción audiovisual) no es garantía de representación fidedigna del debate oral. El observador (la alzada, la casación) no tiene la plena seguridad de que lo que está viendo reproduce la realidad. No son esenciales los ademanes ni la elocuencia sino lo dicho. Pensamos que la reducción a escrito del debate y del diligenciamiento de las pruebas, es la mejor garantía del examen de la instancia anterior. La clave puede estar en una oficina administrativa *ad hoc* en cada Circuito Judicial, cuyo apoyo logístico en este respecto es sencillo y no oneroso. Para la documentación del acto puede ser aplicada la previsión del artículo 189 del Código de Procedimiento Civil; dejando a salvo el uso de medios más modernos y el derecho de las partes a grabar o filmar la audiencia, estableciendo, a los fines de los recursos, un incidente eventual para determinar la fidelidad del acta labrada de la audiencia oral.

7. ARBITRAJE LABORAL

El arbitraje está previsto en los artículos 134 y siguientes como una forma alterna de administración de justicia, de acuerdo a lo previsto en la Constitución de la República (Art. 258). Viene al caso hacer las siguientes observaciones:

1. El arbitraje, en nuestra opinión, es eminentemente voluntario. Siempre ha sido así, incluso desde la época ancestral del Derecho Romano. En la medida que el acuerdo o compromiso arbitral sea sustituido por una decisión unilateral del Juez laboral de someter la disputa que tiene ante sí, a un arbitraje “ordenado por él” como dice el artículo 134, en esa medida se desnaturaliza esencialmente la institución, y los que se denominan árbitros pasan a ser, en realidad, Jueces supervinientes, a la manera de los “Jueces de 20 causas” o los “Jueces itinerantes”.
2. No es consistente el artículo 134 indicado con el artículo 140, en el cual se dice que *el costo de los honorarios profesionales de los árbitros será cancelado por la parte o partes solicitantes del arbitraje*. - En ningún caso el monto a cancelar

por las partes con relación a este concepto podrá ser mayor al quince por ciento (15%) de lo arbitrado. Caben dos interpretaciones al relacionar ambas normas:

- a) Que el arbitraje dependa realmente de la iniciativa de alguna de las partes, sea actor o demandado, dejando al albedrío del juez acceder a lo solicitado, “ordenando” entonces la realización del arbitraje. Esta primera interpretación presenta el inconveniente de que el arbitraje puede no contar con el acuerdo de ambas partes, que le es esencial, según lo dicho; y, por otra parte, que es impuesto compulsivamente a la parte que eventualmente no ha solicitado el arbitraje, quien además debe pagar los emolumentos de los 3 árbitros en una porción del 50%. Este desembolso puede ser particularmente oneroso para “el débil jurídico”, el trabajador, al punto de hacerle difícil o imposible cumplir la orden de arbitraje impartida por el juez que acoja la solicitud del patrono de que el juicio se dirima por arbitraje de conciencia (Art. 144). La parte perdedora en el arbitraje se encontraría forzosamente —por decisión ajena— en situación desigual respecto a aquellos justiciables cuyos procesos no han sido sometidos a este medio alterno de administración de justicia. Ni siquiera podría elevar una “supplicatoria” (fundada en razones extra-legales) al Tribunal Supremo de Justicia para que ejerza una revisión oficiosa llamada en el Anteproyecto “control de la legalidad”, toda vez que dicho control obra sólo respecto a aquellos fallos emanados de las Cortes Superiores del Trabajo que no fueran recurribles en casación (Art. 181).
- b) La otra interpretación sería que la frase “en el supuesto que el juez ordene la realización de un arbitraje” se entendiera en sentido categórico, imperativo y vinculante. Esta parece la interpretación más adecuada al texto del artículo 129. En esta hipótesis, la solicitud que ambas partes realizaran conjuntamente, como iniciativa propia, para que se haga el arbitraje, no pasaría de ser una mera sugerencia descartable por el director del proceso, el Juez. Sin embargo, como dice la doctrina —entre otros autores, Couture: *Fundamentos de derecho procesal civil*—, la función pública del proceso no engloba ni coarta su función privada, sujeta a la autonomía de la volun-

- tad de los litigantes. El juez no puede impedir el acuerdo o transacción de las partes, concluida la relación laboral (según autoriza el Art. 89,2 de la Constitución), sin causa justificada distinta a las formalidades que prevé el Parágrafo del artículo 3° de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual no aplica, en propiedad, al caso de acuerdo de arbitraje.
3. Debería existir una norma que obligara a consignar los honorarios de los árbitros con carácter previo al Laudo, pues de no ser así éstos no actuarían con absoluta imparcialidad y autonomía para decidir. Esta sana garantía de incorruptibilidad la prevén la Ley de Abogados, para el caso de retasadores de honorarios profesionales so pena de caducar la retasa, y el artículo 123 del Código de Procedimiento Civil para los Jueces Asociados.
 4. El Proyecto debiera establecer la prohibición de arbitraje en las causas de menor cuantía, precisando ésta mediante Unidades Tributarias. De esta manera se evita que el monto bajo de los emolumentos (15% de lo arbitrado), que es retribución de un quehacer intelectual, no sea causa disuasiva de la función que los árbitros deberían cumplir con suma diligencia.
 5. En el artículo 145 debiera establecerse un momento preclusivo para solicitar el arbitraje. Por ejemplo, tantos días antes de celebrarse la audiencia verbal, toda vez que la intermediación impone la dirección y participación activa de los sentenciadores en ese debate oral. Pensamos que la oportunidad para optar el arbitraje debe ser la Audiencia Preliminar, tal cual ocurre en el proceso oral anglosajón seguido por la CCI de París, el CACCC y otros Centros de Arbitraje. En otras palabras, los árbitros debieran encargarse del proceso en la misma ocasión en que asume su ejercicio el Juez de mérito (Art. 147); no antes ni después.
 6. Los árbitros son arbitradores y no de derecho (Art. 144). Pero *deberán producir su laudo conforme a los principios generales que orientan esta Ley (el Proyecto) y aplicando supletoriamente el procedimiento establecido en la misma*

(Art. 146). Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 144 señala que las partes pueden interponer recurso de casación por ante la Sala de Casación Laboral del Tribunal Supremo de Justicia, *cuando la decisión de los árbitros se tome en contravención a disposiciones legales de **orden público***. Según se ve, las normas sustantivas no están del todo claras para los árbitros arbitradores que, por definición, deciden según conciencia, es decir, sin atenerse al principio de legalidad. Añádese el artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo que señala: *«Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de aplicación territorial; rigen a venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y en ningún caso serán renunciables ni relajables por convenios particulares, salvo aquellos que por su propio contexto revelen el propósito del legislador de no darles carácter imperativo. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador que modifiquen la norma general respetando su finalidad»*. Si se aplica esta disposición como norma de juicio, es evidente que los árbitros tendrán que reputarse árbitros de derecho, lo cual es más consistente con el precepto contenido en el artículo 146 de que los árbitros deben atenerse también a los principios generales que orienta esta Ley, o sea, la Ley adjetiva laboral. En conclusión, creemos que los parámetros que deben tener en cuenta los árbitros como normas de juzgamiento de la controversia de interés social pasada a sus manos, deben ser estudiados en profundidad y definidos más claramente en la Ley. Pero al limitar su juzgamiento con tales márgenes dejan de ser, en propiedad, árbitros arbitradores.

7. El control casacional de infracción de disposiciones legales de orden público en el laudo arbitral, debe ser puesto en relación con el carácter transigible de la controversia, que distingue al arbitraje en su elemento esencial. Por tanto, las normas laborales de orden público susceptibles de transacción *post* relación laboral (Art. 89,2 Constitución) pueden ser relajadas o modificadas por el Laudo, puesto que es materia susceptible de transacción, y no sería objeto de nulidad casacional. Si la controversia no fuera transigible, no sería arbitrable.

8. Pareciera haber un error de redacción en el artículo 136, pues la lista de árbitros de cada Circuito Judicial no puede ser elaborada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia **a partir de una terna** a ser propuesta por la sociedad civil, en especial por las Universidades Nacionales, Colegios de Abogados, organizaciones no gubernamentales y destacados miembros del foro. Si los árbitros de la causa son tres, la lista debe comprender mayor número de árbitros que los de una terna. A nuestro modo de ver, conviene que sea una lista larga para cada Circuito Judicial. La Ley debería fijar el número mínimo de miembros de la lista. En los Circuitos Judiciales populosos o de mayor incidencia de juicios laborales, el número de árbitros designados por la Sala debería ser mayor que en los Circuitos menos poblados.
9. La Ley podría incluir un sistema de selección de árbitros de entre los que forman la lista, a cargo de las partes, utilizando para ello el sistema que tenían los romanos: “Eran nombrados de común acuerdo entre los litigantes, previa eliminación alternativa (uno el demandante, uno el demandado) de los nombres inscritos en el *album iudicum*, hasta dejar sin recusar siete, entre los que se sorteaban tres o cinco, según los casos. De esta manera se pretendía que todos los jueces del grupo impar, y no sólo el decisivo, fueran independientes”³. Este sabio sistema selectivo sería seguro también para la elección de Jueces Asociados en otras jurisdicciones.
10. Si la lista ha de ser larga, parece inconveniente exigir requisitos tan notables como los del numeral 4º del artículo 137. Un abogado probo, honrado e imparcial tendrá interés en cumplir la misión y brindará garantía de buen desempeño junto con sus otros dos acompañantes del Tribunal Arbitral. Aparte de que la experiencia demuestra que no todos los juristas (en este caso ius-laboralistas) connotados tienen disponibilidad para ocuparse de arbitrajes, o de ciertos arbitrajes. Si a eso se añade que deben ser tres los miembros concurrentes, la integración del Tribunal Arbitral resultaría difícil y tardía.

³ RICARDO HENRÍQUEZ LA ROCHE, *El arbitraje comercial en Venezuela*, Cámara de Comercio de Caracas, pág. 166

11. Consideramos que debiera incluirse un precepto que reconozca el derecho de las partes a utilizar el arbitraje independiente o institucional del modo previsto en la Ley de Arbitraje Comercial (sin intervención, iniciativa u homologación del juez laboral) siempre que el acuerdo de arbitraje haya sido celebrado después de concluida la relación laboral. Dicha Ley presenta la ventaja de que el proceso es sumamente rápido y eficaz, comparativamente, y las causales de nulidad (Art. 44) están establecidas en plena garantía del debido proceso, coincidentes conceptualmente con las que prevé el artículo 49 de la Constitución de la República y textualmente las mismas que prevé el artículo v de la Convención de Nueva York de 1958, ratificada por Venezuela en 1.994.

8. SUPLETORIEDAD

El Código de Procedimiento Civil es norma supletoria implícita, según se colige, en argumento *a contrario sensu*, de la frase final del artículo 202 del Anteproyecto. Aunque en el punto 1 de la Exposición de Motivos del Anteproyecto, se establece que “en el proceso que desarrolla el Anteproyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo no tiene cabida la aplicación supletoria de las normas procedimentales establecidas en el Código de Procedimiento Civil”. Sin embargo, aun cuando no haya una remisión expresa a la ley procesal común, resultará necesario llenar las lagunas legales con las normas de dicho Código, de acuerdo a los principios de hermenéutica del artículo 4° del Código Civil, siempre que sean compatibles con la índole del proceso laboral.

9. SISTEMA DE LOS RECURSOS

El Anteproyecto prevé la doble instancia, mediando apelación por ante la Corte Superior del Trabajo (Art. 7 literal “b”). El recurso de casación no se limita al mero control jurisdiccional de la sentencia y adopta la casación de instancia, facultando al Tribunal Supremo de Justicia para «extenderse al fondo de la controversia y al establecimiento y apreciación de los hechos que hayan efectuado los tribunales de Instancia» (Art. 179), sin posibilidad de reenvío; pero faculta la denuncia conjunta, en el mismo recurso, de infracciones de forma y de fondo, tal cual lo prevé el Código de Procedimiento Civil actual. Si hubiera habido infrac-

ciones de formas sustanciales (Art. 174.1), la Sala de Casación Social «decretará la nulidad y reposición de la causa al estado que se considere necesario para establecer el orden jurídico infringido, y siempre que dicha reposición sea útil».

También prevé el Anteproyecto, con carácter facultativo, un control de la legalidad «de aquellos fallos emanados de las Cortes Superiores del Trabajo, que aun y cuando no fueran recurribles en casación, sin embargo violenten o amenacen con violentar las normas de orden público laboral...» (Art. 181).

El recurso de casación, hoy por hoy, reclama una actualización histórica que suscita cuestiones importantes que deben ser respondidas legislativamente: la casación ¿mera anulación o tercera instancia?, ¿protección de la ley o de la administración de justicia?, ¿tres instancias o segunda instancia *sui generis*?, ¿sistema dispositivo u oficioso?

En cierta forma el sistema casacional hasta ahora vigente plantea una discordancia en la acumulación de los recursos de forma y de fondo. Esa discordancia se entenderá sólo si se tiene en cuenta el carácter instrumental del proceso y de las formas procesales, como lo declara el artículo 257 de la Constitución de la República. Las formas o los requisitos de los actos procesales, particularmente la sentencia, tendrán carácter esencial en razón de su fin (Art. 206 CPC), de modo que la esencialidad de la forma es funcional y no estructural⁴.

Por otra parte, el concepto de orden público, en cuanto a las garantías constitucionales del debido proceso, tiene carácter relativo. No se puede imponer al litigante la protección de una garantía constitucional procesal en los juicios donde la controversia no trasciende su interés privado, por la sencilla razón de que él puede renunciar a la cosa juzgada obtenida fatigosamente por una jurisdicción de oficio. Si la controversia

⁴ Al efecto decimos en otro lugar que «el carácter esencial o accidental de un requisito legal no es de naturaleza estructural sino teleológica; una formalidad que interesa francamente la estructura misma del acto será accidental si éste, a pesar de la omisión, ha alcanzado su fin; y a la inversa, una formalidad estructuralmente accidental, puede ser esencial, si de ella depende que no haya cumplido el acto su cometido legal» (Ricardo Henríquez La Roche, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Tomo II, pág. 102). De tal manera que si la citación adolece de vicio o, incluso, no ha habido en absoluto citación, pero a pesar de ello el demandado asiste a la Audiencia Preliminar, la reposición sería del todo inútil.

trasciende el interés privado, la situación es otra⁵ y ameritará la actuación oficiosa del juez (Art. 11 CPC).

Si la parte pretende la reposición por vicios de forma esenciales, carece de sentido que aduzca errores concernientes al mérito de la recurrida ya que el efecto sería la reposición, y si, por el contrario, denuncia estos últimos, tal conducta presupone, implícitamente, la intrascendencia en su fuero individual, de los vicios que arrostra el proceso, con lo cual el recurso procuraría lo que aquí llamamos, en nuestro medio forense, “reposiciones inútiles”. Desde luego que cabe la posibilidad de que una parte utilice uno de los recursos y la otra el otro, y es cierto también que la interposición subordinada o subsidiaria de uno respecto al otro obvia la incompatibilidad formal. Pero parece conveniente evitar favorecer gratuitamente los efectos casacionales en perjuicio de la brevedad de la administración de justicia que es una garantía procesal, no sólo para el litigante, sino para el bien común (seguridad jurídica, economía del aparato jurisdiccional, etc.).

Conviene analizar al momento de legislar sobre la justicia laboral, el tema de la “sobrepotección” del derecho a la defensa, la onerosidad⁶ de la administración de justicia y la tardanza en lograr la cosa juzgada.

Nos parece que el Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo debiera adoptar en este respecto dos soluciones:

- a) La prohibición de acumular el recurso de forma y de fondo, a fin de favorecer la gratuidad —o, al menos, onerosidad menor— del proceso y favorecer también la celeridad de los juicios por la que clama el pueblo venezolano.
- b) Evitar la triple instancia y establecer de modo uniforme la doble instancia para todos los ciudadanos, sin desigualdades ni preferencias. No debe ser privilegiado el litigio por el hecho de que sea de cuantía mayor respecto al que tiene un valor

⁵ Vgr., el fuero sindical que concede la prerrogativa de inamovilidad no lo prevé la ley en beneficio del trabajador sindicalista sino en beneficio de todos los sindicalizados.

⁶ Aunque la justicia es gratuita, como lo declara la Constitución de la República y el mismo Anteproyecto (Art. 5°), quedan a salvo los emolumentos de auxiliares de justicia (Arts. 25, 77, 91 y 114) y los honorarios profesionales de abogados.

inferior al límite de Unidades Tributarias que prevé el Anteproyecto (Art. 173) para ejercer el recurso de casación de fondo. La celeridad procesal y el ahorro de costos judiciales es tan importante para un directivo con buen sueldo que para un obrero que trabaja con sus manos. De allí que sea conveniente establecer una norma según la cual las sentencias de primera instancia de mayor cuantía⁷ no tendrán apelación por ante la Corte Superior del Trabajo pero serán recurribles en casación. Esta norma trae varias ventajas: (i) favorece la celeridad procesal y la economía procesal en favor de todos los involucrados en el litigio; (ii) favorece el descongestionamiento de causas en la organización judicial; (iii) ahorra trabajo a las Cortes Superiores y posibilita crear Cortes para varios circuitos judiciales de poca densidad demográfica; (iv) no aumenta el trabajo de la Sala de Casación Social; es notorio que, en la práctica, las sentencias de alzada son sólo un hito en el *iter* procedimental hacia casación; (v) se reduce la repetición de audiencias orales y el riesgo que conlleva la documentación de éstas para que conozca el tribunal siguiente.

ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO

TÍTULO I

Disposiciones Generales

CAPÍTULO I

Principios Generales

Artículo 1.- La presente Ley Orgánica Procesal del Trabajo garantiza el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, orientada por los principios de gratuidad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del Juez en el proceso.

Artículo 2.- El juicio será oral, público y contradictorio y sólo se apreciarán las pruebas incorporadas en las audiencias conforme a las disposiciones de esta Ley, con excepción de la prueba documental que se incorporará en la oportunidad prevista en esta Ley.

Artículo 3.- Los jueces que han de pronunciar la sentencia deben presenciar, ininterrumpidamente, el debate y la incorporación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento.

Artículo 4.- Iniciado el debate, éste debe concluir en el mismo día. Si ello no fuere posible, continuará durante el menor número de días de despacho posibles, salvo las excepciones establecidas en esta Ley.

Artículo 5.- La Justicia laboral será gratuita. En consecuencia, los Tribunales del Trabajo no están facultados para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios. Los Registradores y Notarios Públicos no podrán cobrar tasas, aranceles, ni exigir pago alguno en los casos de otorgamientos de poderes y registro de demandas, cuando la acción sea de naturaleza laboral.

Artículo 6.- Los Tribunales del Trabajo apreciarán las pruebas según las reglas de la sana crítica, de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia.

Cuando hubiese duda acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador. La norma adoptada se aplicará en su integridad.

TÍTULO II

De los Tribunales del Trabajo

CAPÍTULO I

Organización y Funcionamiento de los Tribunales del Trabajo

Artículo 7.- Los Tribunales del Trabajo son:

- a) Los Tribunales del Trabajo, que conocen en Primera Instancia;
- b) Las Cortes Superiores del Trabajo, que conocen en Segunda Instancia;
- c) El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social.

Artículo 8.- Los Tribunales del Trabajo se organizarán, en cada circunscripción judicial, en dos instancias:

Una Primera Instancia, integrada por los Tribunales de Sustanciación y Ejecución del Trabajo como los de Juicio; y una Segunda de Apelaciones, integrada por las Cortes Superiores del Trabajo. Su organización, composición y funcionamiento se regirán por las disposiciones establecidas en esta Ley y las leyes respectivas.

Artículo 9.- Los Tribunales del Trabajo que conocen en Primera Instancia serán unipersonales constituidos por un juez profesional.

Artículo 10.- Los jueces profesionales de Primera Instancia conocerán de las fases del proceso laboral según se establezcan en esta Ley.

La fase de sustanciación y ejecución estará a cargo de un Tribunal unipersonal que se denominará Tribunal de Sustanciación y Ejecución. La fase de juzgamiento corresponderá a los Tribunales de Juicio.

Artículo 11.- Los jueces de Primera Instancia del Trabajo ejercerán sus funciones según sea el caso, como Jueces de Sustanciación y Ejecución o de Juicio por el período de dos (2) años, vencido el cual pueden ser rotados en dichas funciones.

Artículo 12.- Las Cortes Superiores del Trabajo estarán constituidas por tres (3) jueces profesionales.

Artículo 13.- Los Tribunales del trabajo tendrán un Secretario y un Alguacil, quienes serán nombrados y removidos en la forma y condiciones que determine esta Ley y las leyes respectivas.

Artículo 14.- Son deberes de los Secretarios de los Tribunales del Trabajo:

1. Dirigir la Secretaría de acuerdo con lo que disponga el Juez;
2. Recibir y autorizar las solicitudes y exposiciones que por diligencias o escritos hagan las partes y los documentos que éstas presenten;
3. Autorizar las copias certificadas que deben quedar en el Tribunal y las que soliciten las partes;
4. Recibir y entregar la Secretaría, y el archivo del Tribunal bajo formal inventario, que firmarán el Juez, el Secretario saliente y el entrante;
5. Asistir a las audiencias del Tribunal autorizando con su firma todas las actas; y concurrir a la Secretaría atendiendo con diligencia y eficacia al servicio del público y velando porque los demás empleados del Tribunal cumplan a cabalidad con sus deberes respectivos;
6. Llevar con toda claridad y exactitud los Libros Diario y de Sentencias del Tribunal.
7. Los otros que la ley prescriba.

Artículo 15.- Los Secretarios titulares o interinos de los Tribunales del Trabajo, otorgan autenticidad a todos los actos que autoricen en el ejercicio de sus funciones; pero no podrán expedir certificaciones de ninguna especie sin previo decreto del Tribunal, fuera de los casos en que la Ley expresamente lo permita.

Artículo 16.- Los Alguaciles de los Tribunales del Trabajo serán los ejecutores inmediatos de las órdenes que dicten en ejercicio de sus atribuciones los Jueces y los Secretarios; y por su medio se practicarán las notificaciones y convocatorias que libre el Tribunal, y se comunicarán los nombramientos a que den lugar los procesos en curso.

Los Alguaciles de los Tribunales del Trabajo deberán ser mayores de edad, venezolanos y saber leer y escribir.

Artículo 17.- Todos los cargos de los funcionarios permanentes y de los empleados subalternos de los Tribunales del Trabajo, son incompatibles con el desempeño de cualquier cargo público y no podrán ser abogados, salvo los Secretarios del Tribunal.

Artículo 18.- Las faltas temporales y absolutas de los Jueces del Trabajo serán cubiertas por los Suplentes respectivos en el orden de su elección.

Artículo 19.- Los funcionarios de los Tribunales del Trabajo, son responsables, penal, civil, administrativa y disciplinariamente, conforme a la ley.

Artículo 20.- Los Tribunales del Trabajo harán guardar el orden y el respeto debidos al Tribunal y a cada uno de sus miembros en el local o en el lugar donde ejerzan sus funciones, o se hallen accidentalmente constituidos. Toda autoridad de policía, cualquiera que sea su categoría, deberá ejecutar sin dilación alguna las instrucciones que le comuniquen los Tribunales del Trabajo, en el ejercicio de sus funciones legales.

Artículo 21.- Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en esta Ley. En ausencia de disposición expresa, el Juez del Trabajo determinará los criterios a seguir para la realización de los actos, todo ello para garantizar la consecución de los fines fundamentales del proceso.

CAPÍTULO II

De la Defensoría Pública de Trabajadores.

Artículo 22.- La Defensoría Pública de Trabajadores tendrá jurisdicción en toda la República Bolivariana de Venezuela y estará adscrita al Ministerio del Trabajo.

Artículo 23.- La Defensoría Pública de Trabajadores tendrá su sede principal en la ciudad de Caracas y en las diversas Circunscripciones o Circuitos Judiciales del país.

Artículo 24.- La Defensoría Pública de Trabajadores tendrá las siguientes atribuciones:

1. Asistir o representar ante los Tribunales del Trabajo a los trabajadores que no devenguen más de dos (2) salarios mínimos, en aquellos casos que soliciten sus servicios profesionales;
2. Resolver gratuitamente todas las consultas que les propongan las organizaciones sindicales del trabajo, así como las de los trabajadores mismos; sobre la interpretación de la legislación del trabajo en los Reglamentos, Decretos y demás disposiciones que se dicten sobre esa materia, y sobre la interpretación de los reglamentos internos de las empresas y de los contratos individuales y colectivos.
3. La promoción, defensa y vigilancia de los derechos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en materia de derecho del Trabajo y de la seguridad social y los tratados internacionales sobre derechos humanos del trabajo y de la seguridad social, además de la defensa de los intereses legítimos y colectivos de los ciudadanos y ciudadanas en materia laboral; y,
4. las demás atribuciones que le señalen la Ley.

Artículo 25.- Los Defensores Públicos del Trabajo estarán obligados a estimar los costos y honorarios profesionales, los cuales se consignarán en la Oficina Receptora de Fondos Nacionales; no pudiendo en ningún caso cobrar honorarios al trabajador.

Artículo 26.- Los Defensores Públicos del Trabajo gozarán de la necesaria independencia en el ejercicio de sus funciones técnicas; y en su carácter de funcionarios públicos dependerán administrativa y disciplinariamente del Ministerio del Trabajo.

CAPÍTULO III

De la Competencia de los Tribunales del Trabajo

Artículo 27.- Los Tribunales del Trabajo son competentes para sustanciar y decidir:

- a) Los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje;
- b) Las solicitudes de calificación de despido o de reenganche, formuladas con ocasión a la estabilidad laboral consagrada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la legislación laboral;

- c) Las solicitudes de amparo por violación o amenaza de violación de los derechos y garantías constitucionales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; y
- d) Las cuestiones de carácter contencioso que suscite el hecho social trabajo, de la aplicación de las disposiciones del trabajo y de la seguridad social.

Artículo 28.- Los actos administrativos emanados de las autoridades administrativas del trabajo, serán impugnables por ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Artículo 29.- Las demandas o solicitudes se propondrán por ante el Tribunal de Sustanciación y Ejecución competente por el territorio. Se consideran competentes los Tribunales del lugar donde se prestó el servicio, o donde se puso fin a la relación laboral, o donde se celebró el contrato de trabajo, o en el domicilio del demandante, o en el domicilio del demandado, a elección del demandante. En ningún caso podrá establecerse o convenirse un domicilio que excluya a los señalados anteriormente.

TÍTULO III

De la Inhibición y la Recusación

CAPÍTULO I

De las Causales

Artículo 30.- Los jueces del trabajo y los funcionarios judiciales pueden ser recusados por alguna de las causas siguientes:

- 1°. Por parentesco de consaguinidad con alguna de las partes, en cualquier grado en línea recta, y en la colateral hasta cuarto grado inclusive; o de afinidad hasta el segundo, también inclusive. Procede también la recusación por ser cónyuge del recusado el apoderado o asistente de una de las partes.
- 2°. Por tener el recusado, su cónyuge o algunos de sus consanguíneos o afines, dentro de los grados indicados, interés directo en el pleito.
- 3°. Por haber dado el recusado recomendación, o prestado su patrocinio a favor de alguno de los litigantes, sobre el pleito en que se recusa.

- 4°. Por tener el recusado sociedad de intereses, o amistad íntima, con alguno de los litigantes.
- 5°. Por haber el recusado manifestado su opinión sobre lo principal del pleito o sobre la incidencia pendiente, antes de la sentencia correspondiente.
- 6°. Por enemistad entre el recusado y cualquiera de los litigantes, demostrada por los hechos que, sanamente apreciados, hagan sospechable la imparcialidad del recusado.

CAPÍTULO II

De su Tramitación

Artículo 31.- Cuando un Juez del Trabajo advierta que está incurso en alguna de las causales de recusación e inhabilitación previstas en esta ley, se abstendrá de conocer e inmediatamente levantará un acta y remitirá las actuaciones al Tribunal competente para conocer de la mismas. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éste o ésta, si a sabiendas de encontrarse incurso en una causal de inhabilitación no lo hiciera.

En todo caso, la causa estará en suspenso hasta la resolución de la incidencia.

Artículo 32.- En los casos de inhabilitaciones o recusaciones de los Jueces de Sustanciación y Ejecución o los Jueces de Mérito o Juicio, conocerá el Presidente de la Corte Superior del Trabajo competente por el territorio. Si el Presidente estuviere imposibilitado en decidir la recusación o inhabilitación, conocerá cualesquiera de los restantes magistrados que conforman la Corte.

En los casos de inhabilitación o recusación de los jueces que integran las Cortes Superiores del Trabajo, será competente para decidir de las mismas, el Presidente de la respectiva Corte; y en caso de que éste fuera el que pretende inhibirse o fuere el recusado, decidirá cualesquiera de los restantes magistrados que integran la Corte.

Artículo 33.- El juez a quien corresponda conocer de la inhabilitación o recusación, la declarará con lugar si estuviere hecha en la forma legal y fundada en algunas de las causales establecidas por esta ley.

Artículo 34.- En los casos de inhibición deberá el juez a quien corresponda conocer de la misma, dictar la resolución dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de las actuaciones.

Artículo 35.- En los casos de recusación, ésta se podrá intentar antes de que se realice la audiencia preliminar, si fuere el Juez de Sustanciación y Ejecución; antes de la audiencia oral de juicio, en el caso de que el recusado fuera el Juez de Mérito; o antes de que se efectuó la audiencia oral por ante la Corte Superior del Trabajo, si se intentare recusar a un juez del tribunal colegiado.

Artículo 36.- La recusación se propondrá por escrito o en forma oral por ante el juez competente para conocer de ésta, el cual participará de manera inmediata al recusado de la solicitud efectuada ante él.

En caso de proponerse oralmente la recusación, ésta se reducirá a forma escrita.

Artículo 37.- Propuesta la recusación, el juez a quien corresponda conocer de la incidencia fijará una audiencia oral dentro de los tres (3) días de despacho siguientes a la participación a que se refiere el artículo anterior, a los fines de que comparezca tanto el proponente como el recusado para exponer sus alegatos y hacer valer las pruebas que a bien tuvieren aportar. En esa misma audiencia el juez en forma oral e inmediata dará su decisión, sin que fuere posible diferir la audiencia para otra oportunidad.

La ausencia del proponente de la recusación a la audiencia oral se entenderá como el desistimiento de la incidencia.

Artículo 38.- Cuando la recusación recayere en funcionario judicial, conocerá de la misma el juez del tribunal en donde interviene o fuere a intervenir el recusado. Si el Juez fuera igualmente recusado, se seguirá con el trámite establecido en los artículos 32 y 37 de este Capítulo. En todo caso conocerá de la recusación del funcionario la Corte Superior del Trabajo respectiva.

Único: La oportunidad para recusar a los funcionarios judiciales será la misma que para el juez; y en el caso de los expertos, el día siguiente a su designación por el tribunal correspondiente.

Artículo 39.- El procedimiento que regirá la recusación de un funcionario judicial distinto al juez, será el establecido en el artículo 37 de esta ley.

Artículo 40.- Si la recusación o inhabilitación fuere declarada con lugar, conocerá del proceso en curso cualquier otro tribunal de la misma categoría, si fuere un Tribunal de Sustanciación o Juicio, y cuando se trate de un magistrado de la Corte Superior del Trabajo será convocado su suplente.

En los casos en que prospere la recusación de los funcionarios judiciales distintos al juez, deberá éste designar expeditamente al sustituto.

Artículo 41.- Declarada con lugar la recusación, o inadmisión, o habiendo desistido de ella el recusante, pagará éste una multa equivalente a diez (10) unidades tributarias si no fuere temeraria, y de sesenta (60) unidades tributarias si lo fuere. La multa se pagará en el término de tres (3) días de despacho siguientes a la decisión de la incidencia por ante el tribunal que conoció de la misma, el cual actuará de agente del Fisco Nacional para su ingreso en la Tesorería Nacional. Si el recusante no pagare la multa dentro del término establecido, sufrirá un arresto de ocho (8) días en el primer caso y de quince (15) días en el segundo.

En todo caso la decisión debe expresar cuándo es considerada como temeraria la recusación.

Artículo 42.- Será inadmisión la recusación que se intente sin estar fundada en motivo legal para ella y la intentada fuera del tiempo legalmente establecido.

Artículo 43.- No se oirá recurso alguno contra las decisiones que se dicten en la incidencia de recusación e inhabilitación.

TÍTULO IV

De las Partes

CAPÍTULO I

Generalidades

Artículo 44.- Son partes en el proceso judicial del trabajo, el demandante y el demandado; quienes podrán actuar por sí mismos siempre y cuando estén asistidos por abogado en ejercicio.

Artículo 45.- También podrán las partes actuar en el proceso mediante apoderado, siempre y cuando el poder conste en forma auténtica.

Artículo 46.- Por la parte demandada podrá presentarse sin poder, cualquiera que reúna las condiciones necesarias para ser apoderado judicial; pero quedará sometido a observar las disposiciones pertinentes establecidas en la Ley de Abogados.

Artículo 47.- Los trabajadores que devenguen menos de dos (2) salarios mínimos tendrán derecho a ser asistidos o representados judicialmente por los Defensores Públicos del Trabajo.

Artículo 48.- El Juez Laboral deberá tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias tendientes a prevenir o sancionar la falta a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesal, o cualquier otro acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes. A tal efecto, podrá el Juez sacar elementos de convicción de la conducta procesal de las partes o sus apoderados; y deberá oficiar lo conducente a los organismos gremiales o jurisdiccionales competentes, a fin de que establezcan las responsabilidades legales a que haya lugar.

CAPÍTULO II

Intervención de Terceros

Artículo 49.- Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial, a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante de ella.

Podrán intervenir en un proceso, como litisconsortes de una parte, los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial que podrá verse afectada por la sentencia a dictarse y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso.

Artículo 50.- Quien pretende en todo o en parte la cosa o el derecho controvertido, podrá intervenir formulando su pretensión frente al demandante y al demandado, para que en el mismo proceso se le considere.

Artículo 51.- Los terceros deberán fundar su intervención en un interés directo, personal o legítimo. La solución se ajustará a las formas previstas para la demanda, en lo que fueren aplicables.

La intervención sólo podrá producirse en la instancia antes de la audiencia oral respectiva; la excluyente sólo en la primera instancia, la coadyuvante y litisconsorcio también durante el curso de la segunda instancia.

Artículo 52.- El demandado, en el plazo para comparecer a la audiencia oral y sin perjuicio de hacerlo, podrá solicitar la notificación de un tercero en garantía o de aquél respecto al cual considera que la controversia es común o a quien la sentencia pueda afectar. El notificado no podrá objetar la procedencia de su notificación y deberá comparecer teniendo los mismos derechos, deberes y cargas del demandado.

Artículo 53.- La contraparte podrá oponerse a la notificación de un tercero y el Tribunal resolverá la procedencia de la misma por auto interlocutorio, que sólo será apelable por ante la Corte Superior del Trabajo dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a dicho auto, cuando rechace la intervención. Dicha apelación será resuelta oral e inmediatamente, previa audiencia de parte; y reducida a forma escrita. Contra dicha resolución no es admisible recurso de casación.

Artículo 54.- El demandado, en un proceso en el que considere que otra persona, además o en lugar de él, tiene alguna obligación o responsabilidad en la cuestión controvertida, debe denunciarle, indicando su nombre y domicilio a los efectos que se le notifique del pleito, bajo responsabilidad de los daños y perjuicios que correspondieren por su omisión.

Artículo 55.- En cualquiera de las instancias, siempre que se presuma fraude o colusión en el proceso, el Tribunal de oficio o a petición del Ministerio Público, ordenará la notificación de las personas que puedan ser perjudicadas, para que hagan valer sus derechos, pudiéndose a tal fin suspender el proceso hasta por veinte (20) días de despacho.

Artículo 56.- Los intervinientes y sucesores en el proceso lo tomarán en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención.

CAPÍTULO III

Litis consorcio

Artículo 57.- Dos o más personas pueden litigar en un mismo proceso judicial del trabajo en forma conjunta, sea activa o pasivamente siempre que sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto, o cuando la sentencia a dictar con respecto a una de ellas, pudiera afectar a la otra. Los actos de cada uno de los litigantes no favorecerá ni perjudicará la situación procesal de los restantes, sin que por ello se afecte la unidad del proceso.

Artículo 58.- Cuando por la naturaleza de la relación jurídica sustancial que sea objeto del proceso, no pudiere pronunciarse sentencia útilmente sin la presencia o el emplazamiento de todos los interesados, aquellos deberán todos comparecer y éstos deberán todos ser emplazados en forma legal.

Artículo 59.- En el caso de litisconsorcio necesario activo, si no hubieren comparecido todos los interesados, el Tribunal no dará curso a la demanda hasta tanto no se cumpla ese requisito. La misma facultad tendrá, tratándose del litisconsorcio necesario pasivo, mientras la parte actora no proporcione los datos necesarios para que todos los litisconsortes puedan ser emplazados en forma legal.

CAPÍTULO IV

De los efectos del Proceso

Artículo 60.- Ningún Juez podrá volver a decidir la controversia ya decidida por una sentencia, a menos que haya recurso contra ella o que la ley expresamente lo permita.

Artículo 61.- La sentencia definitivamente firme es ley de las partes en los límites de la controversia decidida y es vinculante en todo proceso futuro.

Artículo 62.- A la parte que fuere vencida totalmente en un proceso o en una incidencia, se la condenará al pago de las costas. El Juez podrá eximir de costas a la parte perdedora cuando a su criterio ésta tuvo motivos razonables para litigar.

Artículo 63.- Las costas que debe pagar la parte vencida por honorarios del apoderado de la parte contraria estarán sujetos a retasa. En ningún caso estos honorarios excederán del 30% del valor de lo litigado.

Cuando intervengan varios abogados, la parte vencida solamente estará obligada a pagar los honorarios por el importe de lo que percibiría uno solo, sin perjuicio del derecho de retasa.

Artículo 64.- Las costas proceden contra las Municipalidades, contra los Institutos Autónomos, empresas del Estado y demás establecimientos públicos, pero no proceden contra la Nación.

TÍTULO VI

De los Lapsos y Días Hábiles

CAPÍTULO I

De los Lapsos

Artículo 65.- Los plazos legales y reglamentarios se contarán de la siguiente manera:

- a) Los plazos por año o meses serán continuos y terminarán el día equivalente del año o mes respectivo. El Lapso que deba cumplirse en un día de que carezca el mes, se entenderá vencido el último día de ese mes.
- b) Los plazos establecidos por día se contarán por días de despacho, salvo que la ley disponga que sean continuos.
- c) En todos los casos los términos y plazos que vencieran en día inhábil, se entienden prorrogados hasta el primer día hábil siguiente.

CAPÍTULO II

De los Días Hábiles

Artículo 66.- Son hábiles para las actuaciones judiciales previstas en esta Ley todos los días del año a excepción de los días feriados, sábados y domingos, de vacaciones judiciales y los que se acuerde no dar despacho.

TÍTULO VII

De las Pruebas

CAPÍTULO I

De los Medios de Prueba, de su Promoción y Evacuación

Artículo 67.- Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, la presente Ley y otras leyes de la República.

Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán de la forma preceptuada en la presente Ley y lo no previsto en ésta se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez.

Artículo 68.- En la oportunidad de introducir la demanda la parte actora deberá promover todas las pruebas de que quiera valerse, no pudiendo promover pruebas en otra oportunidad, con la sola excepción de la prueba de posiciones juradas.

Artículo 69.- La oportunidad de promover pruebas de la parte demandada será en la Audiencia Preliminar, no pudiendo promover pruebas en otra oportunidad.

Artículo 70.- El Juez de Sustanciación y Ejecución una vez concluida la Audiencia Preliminar incorporará las pruebas promovidas al expediente a los fines de su evacuación ante el Juez de Juicio o de Mérito.

Artículo 71.- Al día de despacho siguiente a la realización de la Audiencia Preliminar, el Juez de Sustanciación y Ejecución providenciará las pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. En el mismo auto, el Juez ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes.

Artículo 72.- De la negativa de alguna prueba habrá lugar a apelación, y ésta será oída en ambos efectos dentro de los tres (3) días de despacho siguientes a dicha negativa.

En este caso el tribunal de Sustanciación y Ejecución remitirá el expediente a la Corte Superior Competente, quien decidirá de la apelación oral e inmediatamente y previa audiencia de parte, en un lapso no mayor de cinco (5) días de despacho a partir del recibo del expediente. La decisión se reducirá a forma escrita y de la misma no se admitirá recurso de casación.

CAPÍTULO II

De la Prueba por Escrito

Artículo 73.- Los instrumentos públicos y los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, podrán producirse en juicio en originales o en copia certificada expedida por funcionarios competentes con arreglo a las leyes.

Artículo 74.- Los instrumentos privados, cartas o telegramas provenientes de la parte contraria podrán producirse en juicio en originales.

Artículo 75.- Los documentos privados emanados de terceros que no son parte en el juicio ni causantes de las mismas, deberán ser ratificados por el tercero mediante la prueba testimonial.

Artículo 76.- Las publicaciones en periódicos o gacetas, de actos que la ley ordena publicar en dichos órganos, se tendrán como fidedignos, salvo prueba en contrario.

Artículo 77.- Cuando se trate de hechos que consten en documentos, libros, archivos u otros papeles que se hallen en Oficinas Públicas, Bancos, Asociaciones gremiales, Sociedades civiles o mercantiles e instituciones similares, aunque éstas no sean parte en el juicio, el Tribunal, a solicitud de parte, requerirá de ellas informes sobre los hechos litigiosos que aparezcan de dichos instrumentos, o copia de los mismos.

Las entidades mencionadas no podrán rehusar los informes o copias requeridas invocando causa de reserva, pero podrán exigir una indemnización, cuyo monto será determinado por el Juez en caso de inconformidad de la parte, tomando en cuenta el trabajo efectuado, la cual será sufragada por la parte solicitante.

CAPÍTULO III

Exhibición de Documentos

Artículo 78.- La parte que deba servirse de un documento que según su manifestación, se halle en poder de su adversario podrá pedir su exhibición. A la solicitud de exhibición deberá acompañar una copia del documento, del cual se solicita exhibición del original.

El Tribunal intimará al adversario la exhibición o entrega del documento dentro de un plazo no mayor de cinco (5) días de despacho contados a partir de la realización de la audiencia preliminar.

Si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante.

Si la prueba acerca de la existencia del documento en poder del adversario resultare contradictoria, el Juez de Juicio resolverá en la sentencia definitiva, pudiendo sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejan.

CAPÍTULO IV

De la Tacha de Instrumentos

Artículo 79.- La tacha de falsedad de los instrumentos públicos y los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, se puede proponer incidentalmente en el curso de la causa, por los motivos siguientes: Que no ha habido la intervención del funcionario público que aparezca autorizándolo, sino que la firma de éste fue falsificada.

Que aun cuando sea auténtica la firma del funcionario público, la del que apareciere como otorgante del acto fue falsificada.

Que es falsa la comparecencia del otorgante ante el funcionario, certificada por éste, sea que el funcionario haya procedido maliciosamente o que se le haya sorprendido en cuanto a la identidad del otorgante.

Que aun siendo auténtica la firma del funcionario público y cierta la comparecencia del otorgante ante aquél, el primero atribuya al segundo declaraciones que éste no ha hecho; pero esta causal no podrá alegarse por el otorgante que haya firmado el acto, ni respecto de él.

Que aun siendo ciertas las firmas del funcionario y del otorgante, se hubiesen hecho, con posterioridad al otorgamiento, alteraciones materiales en el cuerpo de la escritura capaces de modificar su sentido o alcance. Esta causal puede alegarse aun respecto de los instrumentos que sólo aparezcan suscritos por el funcionario público que tenga la facultad de autorizarlos.

Que aun siendo ciertas las firmas del funcionario y los otorgantes, el primero hubiese hecho constar falsamente y en fraude de la Ley o perjuicio de terceros, que el acto se efectuó en fecha o lugar diferentes de los de su verdadera realización.

Artículo 80.- La tacha de falsedad se debe proponer en la Audiencia Preliminar o al día de despacho siguiente de finalizada ésta.

El Tachante en forma escrita hará una exposición de los motivos y hechos que sirvan de soporte para hacer valer la falsedad del instrumento. Dentro de los dos (2) días de despacho siguientes a la formulación de la tacha deberán las partes promover las pruebas que consideren pertinentes, sin que se admitieren en algún otro momento.

Artículo 81.- Dentro del lapso de tres (3) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso de promoción de pruebas en la incidencia de tacha, deberá el Juez de Sustanciación y Ejecución fijar audiencia oral para el quinto día de despacho siguiente.

En dicha audiencia podrán las partes alegar todos y cada uno de los motivos y hechos que consideren relevantes, bien para tachar de falso el instrumento; o bien para hacerlo valer en el juicio.

Igualmente se evacuarán las testimoniales y la experticia solicitada.

La audiencia podrá prorrogarse tantas veces como fuere necesario para evacuar cada una de las pruebas, pero nunca podrá exceder dicho lapso de quince (15) días de despacho contados a partir del inicio de la misma. En todo caso la sentencia interlocutoria deberá producirse en forma oral inmediatamente después de concluida la audiencia.

Único: La incomparecencia del tachante a la audiencia oral se entenderá como el desistimiento que hace de la tacha, teniendo el instrumento pleno valor probatorio. Así mismo, con la incomparecencia a la audiencia del presentante del instrumento, se declarará terminada la incidencia y quedará el instrumento desechado del proceso. En ambas situaciones se dejará constancia por medio de auto escrito.

Artículo 82.- Contra la decisión que resuelva sobre la tacha habrá lugar a recurso de apelación, el cual se oír en ambos efectos.

En este caso el tribunal de Sustanciación y Ejecución remitirá el expediente a la Corte Superior Competente, quien decidirá de la apelación oral e inmediatamente y previa audiencia de parte, en un lapso no mayor de cinco (5) días de despacho a partir del recibo de las actuaciones. La decisión se reducirá a forma escrita y de la misma no se admitirá recurso de casación.

CAPÍTULO V

Del Reconocimiento de Instrumento Privado

Artículo 83.- La parte contra quien se produzca en juicio un instrumento privado como emanado de ella o de algún causante suyo, deberá manifestar formalmente si lo reconoce o lo niega, en la Audiencia Preliminar. El silencio de la parte a este respecto, dará por reconocido el instrumento.

Artículo 84.- Negada la firma o declarado por los herederos o causahabientes no conocerla, toca a la parte que produjo el instrumento probar su autenticidad. A este efecto, puede promover la prueba de cotejo. Si resultare la autenticidad del instrumento, se le tendrá por reconocido, y se impondrán las costas a la parte que lo haya negado, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

Artículo 85.- El cotejo se practicará por expertos con sujeción a lo previsto por esta Ley.

Artículo 86.- La persona que solicite el cotejo designará el instrumento o los instrumentos indubitados con los cuales deba hacerse.

Artículo 87.- Se considerarán como indubitados para el cotejo:

- 1.- Los instrumentos que las partes reconozcan como tales, de común acuerdo.
- 2.- Los instrumentos firmados ante un Registrador u otro funcionario público.
- 3.- Los instrumentos privados reconocidos por la persona a quien se atribuya el que se trate de comprobar; pero no aquéllos que ella misma haya negado o no reconocido, aunque precedentemente se hubieren declarado como suyos.
- 4.- La parte reconocida o negada del mismo instrumento que se trate de comprobar.

A falta de estos medios, puede el presentante del instrumento cuya firma se ha desconocido o si se ha declarado por los herederos o causahabientes no conocerla, pedir, y el Tribunal lo acordará, que la parte contraria escriba y firme en presencia del Juez lo que éste dicte. Si se negare a hacerlo, se tendrá por reconocido el instrumento, a menos que la parte se encuentre en la imposibilidad física de escribir.

Artículo 88.- El cotejo deberá solicitarse dentro de los dos (2) días de despacho siguientes al desconocimiento, en cuyo caso el Juez de Sustanciación y Ejecución designará al experto, quien dentro de un lapso no mayor de quince (15) días de despacho deberá producir su informe, el cual se agregará a los autos a fin de su remisión al Juez de Juicio.

CAPÍTULO VI

De la Prueba de Expertos

Artículo 89.- El nombramiento de expertos no podrá recaer sino en personas que por su profesión, industria o arte, tengan conocimientos prácticos en la materia a que se refiere la experticia.

Artículo 90.- La experticia sólo se efectuará sobre puntos de hecho, a petición de parte o de oficio por el Tribunal.

Artículo 91.- El nombramiento de él o los expertos corresponderá al Tribunal y su costo correrá a cargo de la parte solicitante. También podrá el juez ordenar que la experticia sea practicada por funcionarios públicos cuando el trabajador no disponga de medios económicos para la realización de ésta.

Igualmente podrá el Juez hacer el nombramiento de expertos corporativos o institucionales para la realización de la experticia solicitada.

Artículo 92.- Siempre que se trate de una comprobación o de una apreciación que exija conocimientos especiales, puede procederse a una experticia. Los jueces no están obligados a seguir el dictamen de los expertos, si su convicción se opone a ello.

Artículo 93.- Los funcionarios o empleados públicos que tengan conocimientos periciales en una determinada materia, estarán obligados a aceptar el cargo de experto, para el cual el Tribunal lo designe, estando obligados además a rendir declaración en la oportunidad que fije el Tribunal. Para la realización de su labor, los entes públicos en los cuales éstos presten sus servicios deberán otorgarles todas las facilidades necesarias para la realización de tan delicada misión. El incumplimiento de dicha obligación por parte del funcionario público designado será causal de destitución.

Artículo 94.- En ningún caso será excusa para la presentación oportuna de la experticia y la declaración del experto, el hecho que no se hayan sufragado los honorarios correspondientes, si fuere el caso.

CAPÍTULO VII

De la Prueba de Testigos

Artículo 95.- No podrán ser testigos en el juicio laboral el menor de doce (12) años; quienes se hallen en interdicción por causa de demencia y quienes hagan profesión de testificar en juicio.

El testigo que declare falsamente bajo juramento será sancionado penalmente conforme a lo establecido en el Código Penal.

En la misma pena incurrirán los expertos que den declaración falsa con relación a la experticia realizada por ellos.

Único: En estos casos el Juez del Trabajo que decida la causa deberá bajo pena de destitución oficial lo conducente a los órganos competentes a fin que se establezcan las responsabilidades penales a que hubiere lugar.

CAPITULO VIII

De la Tacha de Testigos

Artículo 96.- La persona del testigo sólo podrá tacharse dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la admisión de la prueba. Aunque el testigo sea tachado antes de la declaración, no por eso dejará de tomársele ésta, si la parte insistiere en ello. La sola presencia de la parte promovente en el acto de la declaración del testigo, se tendrá como insistencia.

Artículo 97.- No podrá tachar la parte al testigo presentado por ella misma, aunque la contraria se valga también de su testimonio, a menos que se le haya sobornado, caso en el cual su testimonio no valdrá a favor de la parte que lo hubiere sobornado.

Artículo 98.- Propuesta la tacha, deberá comprobársela en el resto del término de pruebas, admitiéndose también las que promueva la parte contraria para contradecirla.

Único: El valor de las declaraciones y de las tachas será apreciado por el Juez de conformidad con las reglas de la sana crítica.

CAPÍTULO IX De la Confesión

Artículo 99.- Quien sea parte en el juicio estará obligado a contestar bajo juramento las posiciones que le haga la parte contraria sobre hechos pertinentes de que tenga conocimiento personal.

Artículo 100.- Si la parte fuere una persona jurídica absolverá las posiciones el representante de la misma según la ley o Contrato Social. Sin embargo, el representante de la persona jurídica o el apoderado de ésta, mediante diligencia o escrito, pueden designar a otra persona para que absuelva en su lugar las posiciones, por tener ésta conocimiento directo y personal de los hechos de la causa, quien se entenderá notificada para la prueba y quedará obligada a contestar las posiciones.

Artículo 101.- Las posiciones sólo podrán efectuarse sobre los hechos pertinentes al mérito de la causa, en la audiencia de juicio o de mérito.

Artículo 102.- La parte que solicite las posiciones deberá manifestar estar dispuesta a comparecer al Tribunal a absolverlas recíprocamente a la contraria, sin lo cual aquéllas no serán admitidas.

Artículo 103.- Los hechos acerca de los cuales se exija la confesión, deberán expresarse en forma asertiva, siempre en términos claros y precisos, y sin que puedan formularse nuevas posiciones sobre los hechos que ya han sido objeto de ellas.

Artículo 104.- La contestación a las posiciones debe ser directa y categórica, confesando o negando la parte cada posición. Se tendrá por confesa a aquélla que no responda de una manera terminante; pero cuando la posición versare sobre el tenor de instrumentos que existan en autos, la contestación podrá referirse a ellos.

Si se tratare de hechos que hayan ocurrido mucho tiempo antes, o que por su naturaleza sean tales que sea probable el olvido, el Juez estimará las circunstancias si la parte no diere una contestación categórica.

Artículo 105.- En la audiencia preliminar y previa comparecencia de parte, éstas podrán solicitar la evacuación de la prueba de confesión y el Juez de Mérito deberá acordar su evacuación en la oportunidad fijada para el debate oral, sin necesidad de nueva notificación.

CAPÍTULO X

De las Reproducciones, Copias y Experimentos

Artículo 106.- El Juez de Mérito, a pedimento de cualquiera de las partes y aun de oficio, puede disponer que se ejecuten planos, calcos y copias, aun fotográficas, de objetos, documentos y lugares, y cuando lo considere necesario, reproducciones cinematográficas o de otra especie que requieran el empleo de medios, instrumentos o procedimientos mecánicos.

Artículo 107.- Para comprobar que un hecho se ha producido o pudo haberse producido en una forma determinada, podrá también ordenarse la reconstrucción de ese hecho, haciendo eventualmente ejecutar su reproducción fotográfica o cinematográfica. El Juez debe asistir al experimento, y si lo considera necesario, podrá encomendar la ejecución a uno o más expertos que designará al efecto.

Artículo 108.- En el caso de que así conviniere a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y cualesquiera otros de carácter científico, mediante un experto, de reconocida aptitud, nombrado por el Tribunal.

Artículo 109.- Si para la realización de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias fuere menester la colaboración material de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el Juez le intimará a que la preste. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria.

CAPÍTULO XI

De la Inspección Judicial

Artículo 110.- El Juez de Mérito a petición de cualquiera de las partes y siempre que lo juzgue oportuno, acordará la inspección judicial de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa o el contenido de documentos.

Artículo 111.- Para llevar a cabo la inspección judicial, el Juez concurrirá con el Secretario o quien haga sus veces y uno o más prácticos de su elección cuando sea necesario. Las partes, sus representantes o apoderados podrán concurrir al acto.

Artículo 112.- Las partes, sus representantes y apoderados podrán hacer al Juez, de palabra, las observaciones que estimaren conducentes, las cuales se insertarán en el acta, si así lo pidieren.

Artículo 113.- El Juez hará extender en acta la relación de lo practicado, sin avanzar opinión ni formular apreciaciones, debiendo contener la indicación de las personas que han intervenido y de las circunstancias de lugar y de tiempo en que se ha cumplido; debe además contener la descripción de las actividades cumplidas y de los reconocimientos efectuados. El acta deberá ser suscrita por el Juez y el Secretario.

Si han intervenido otras personas, el Secretario, después de dar lectura al acta, les exigirá que la firmen. Si alguna de ellas no pudiere o no quisiere firmar, se pondrá constancia de ese hecho.

El Juez podrá, así mismo, ordenar la reproducción del acto por cualquiera de los medios, instrumentos o procedimientos fotográficos, electrónicos, cinematográficos o mecánicos, si ello fuere posible.

Artículo 114.- Las funciones de los prácticos se reducirán a dar al Juez los informes que éste creyere necesarios para practicar mejor la diligencia, informes que podrá solicitar también de alguna otra persona, juramentándola.

Los honorarios de los prácticos serán fijados, por el Juez, a cargo de la parte promovente de la prueba, o de ambas partes, de por mitad, si se hubiere ordenado de oficio.

TÍTULO VII

Procedimiento ante los Tribunales del Trabajo

CAPÍTULO I

Procedimiento en Primera Instancia

Artículo 115.- Toda Demanda que se intente ante un Tribunal del Trabajo de Primera Instancia de Sustanciación y Ejecución deberá contener los siguientes datos:

1. Nombre, apellido, edad y domicilio del demandado. Si el actor fuere una organización sindical la demanda la intentará quien ejerza la personería jurídica de ella conforme a sus estatutos.
2. Si se demandara a una persona moral o jurídica, los datos concernientes a su denominación, domicilio y los relativos al nombre y apellido de cualesquiera de los representantes legales de esa persona jurídica.
3. El objeto de la demanda, es decir, lo que se pide o reclama.
4. Una narrativa de los hechos en que se apoya la demanda.

También podrá presentarse la demanda en forma verbal ante el Juez de Trabajo, quien personalmente la reducirá a escrito en forma de acta que pondrá como cabeza del proceso, garantizando en lo posible que la misma cumpla con los requisitos establecidos en este artículo.

Artículo 116.- Si la demanda fuere obscura o no llenare los requisitos exigidos anteriormente, el juez ordenará al demandante para que corrija el defecto u omisión dentro de los dos (2) días de despacho siguientes a la resolución verbal del Tribunal, de la cual se dejará constancia en autos. Si no lo hiciere, la demanda laboral será declarada inadmisibile. En todo caso la demanda deberá ser declarada admisible o inadmisibile dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la presentación de la demanda.

Artículo 117.- Junto a la demanda presentada en forma verbal o escrita, deberá la parte actora, acompañar todas las pruebas que considere pertinentes para demostrar su pretensión, con la advertencia de que a posteriori no serán admitidas.

Artículo 118.- A petición de la parte actora podrá el juez acordar las medidas cautelares que considere pertinente a fin de evitar que se haga ilusoria la pretensión, siempre que a su juicio exista presunción grave del derecho que se reclama.

Artículo 119.- De la negativa de la admisión de la demanda se dará apelación libre por ante la Corte Superior del Trabajo competente, dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la publicación de la sentencia interlocutoria que decidió la inadmisibilidat de la demanda.

Artículo 120.- La Corte Superior del Trabajo competente, decidirá la apelación en forma oral dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al recibo del expediente, previa audiencia de parte. Contra esta decisión será admisible el Recurso de Casación.

En todo caso, si no compareciere la parte actora a la audiencia oral fijada por el Tribunal se entenderá que desistió de la apelación intentada.

Artículo 121.- Admitida la demanda se ordenará la notificación del demandado en un cartel que fijará el alguacil del Tribunal a la puerta de la sede de la empresa y se entregará una copia del mismo al patrono, o se consignará en su Secretaría o en su oficina receptora de correspondencia si la hubiere. El Alguacil dejará constancia en el expediente de haber cumplido con lo prescrito en este artículo y de los datos relativos a la identificación de la persona que recibió la copia del cartel. El día siguiente al de la constancia que ponga el Secretario en autos de haber cumplido dicha actuación, comenzará a contarse el lapso de comparecencia del citado.

También podrá darse por citado quien tuviere mandato expreso para ello, directamente por ante el Tribunal de Sustanciación y Ejecución respectivo. Parágrafo Único: La notificación personal podrá gestionarse por el propio actor o por su apoderado mediante cualquier Notario de la jurisdicción del Tribunal.

Igualmente, podrá el Tribunal a solicitud de parte y siempre y cuando disponga de los medios electrónicos necesarios, realizar la notificación del demandado por intermedio de éstos. A tales efectos el Juez dejará personalmente constancia en el expediente de que efectivamente se materializó la notificación del demandado.

Al día siguiente a la certificación anteriormente referida, comenzará a correr el lapso para la comparecencia a la audiencia preliminar.

Artículo 122.- Si la notificación personal no fuere posible y se tratare de notificación de una persona jurídica, el actor podrá solicitar la notificación por correo certificado con aviso de recibo.

La notificación por correo de persona jurídica se practicará en su oficina o en el lugar donde ejerce su comercio o industria, en la dirección que previamente indique el solicitante. El Alguacil del Tribunal depositará el sobre abierto, conteniendo la compulsa de la demanda con la orden de comparecencia, en la respectiva oficina de correo.

El funcionario de correo dará un recibo con expresión de los documentos incluidos en el sobre, del remitente, del destinatario, la dirección de éste y la fecha de recibo del sobre y cerrará éste en presencia del Alguacil. A vuelta de correo, el Administrador o Director enviará al Tribunal remitente el aviso de recibo firmado por el receptor del sobre, indicándose en

todo caso, el nombre, apellido y cédula de identidad de la persona que lo firma.

El mencionado aviso de recibo será agregado al expediente por el Secretario del Tribunal, poniendo constancia de la fecha de esta diligencia, y al día siguiente comenzará a computarse el lapso de comparecencia de la persona jurídica demandada.

Artículo 123.- El demandado deberá comparecer a la hora que fije el Tribunal, personalmente o por medio de apoderado, a fin de que tenga lugar la audiencia preliminar al décimo (10º) día de despacho siguiente, posterior a la constancia en autos de su notificación o a la última de ellas en caso de que fueren varios los demandados.

Artículo 124.- El demandado deberá acompañar todos los elementos probatorios que considere necesarios para la defensa de sus derechos e intereses, los cuales deberá consignar en la audiencia preliminar, con la advertencia de que a posteriori no serán admitidos.

CAPÍTULO II De la Audiencia Preliminar

Artículo 125.- La Audiencia Preliminar será presidida personalmente por el Juez de Sustanciación y Ejecución; y la misma será oral, pública y obligatoria.

Artículo 126.- Si el demandante no compareciere a la audiencia preliminar, se considerará desistido el procedimiento, terminando el proceso mediante sentencia oral que se reducirá en un acta, la cual deberá publicarse en la misma fecha. Contra esta decisión podrá el demandante apelar libremente por ante la Corte Superior del Trabajo competente dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes.

Parágrafo Primero: Dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al recibo del expediente la Corte Superior decidirá oral e inmediatamente la apelación, y previa audiencia de parte; pudiendo ordenar la realización de una nueva audiencia preliminar cuando a su juicio existieren fundados y justificados motivos o razones de la incomparecencia del actor, tales como: caso fortuito o fuerza mayor, enfermedad, calamidad, huelgas de transporte, lluvia torrencial, terremoto, plenamente comprobables a criterio del Tribunal.

La decisión se reducirá a forma escrita y contra la misma será admisible recurso de casación

Parágrafo Segundo: Si el apelante no compareciere a la audiencia oral fijada para decidir la apelación, se considerará desistido el recurso incoado.

Artículo 127.- Si el demandado no compareciere a la audiencia preliminar, se presumirá la admisión de los hechos alegados por el actor, y el Tribunal sentenciará conforme a dicha confesión ficta en forma oral, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, reduciendo la sentencia a un acta que elaborará el mismo día contra la cual podrá apelar libremente el demandado dentro del plazo de cinco (5) días de despacho a partir de la publicación del fallo.

La Corte Superior competente decidirá oral e inmediatamente y previa audiencia de parte, dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes contados a partir del día de recibo del expediente, pudiendo confirmar la sentencia de Primera Instancia o revocarla cuando considerare que existieren justificados y fundados motivos para la incomparecencia del demandado, tales como: falta de notificación, caso fortuito o fuerza mayor, enfermedad, calamidad, huelgas de transporte, lluvia torrencial, terremoto, plenamente comprobables a criterio del Tribunal.

La decisión se reducirá a forma escrita y contra la misma será admisible recurso de casación

En todo caso, si el apelante no compareciere a la audiencia oral fijada para decidir la apelación, se considerará desistido el recurso intentado.

CAPÍTULO III

De La Mediación y Conciliación.

Artículo 128.- En la audiencia preliminar deberá el Juez de Sustanciación y Ejecución personalmente, mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando con la mayor diligencia de que éstas pongan fin a la controversia a través de los medios de autocomposición procesal. Si esta mediación es positiva el juez dará por concluido el proceso mediante sentencia verbal que dictará de inmediato, homologando el acuerdo de las partes, el cual reducirá en acta.

Artículo 129.- Podrá también el Juez a petición de parte, ordenar la realización de un arbitraje que resuelva la controversia a fin de estimular los medios alternos de resolución de conflictos, en la forma prevista en esta Ley.

Artículo 130.- Si no fuera posible ni la conciliación, ni el arbitraje, deberá el Juez de Sustanciación y Ejecución a través del Despacho Saneador, resolver en forma oral todos los vicios procesales que pudiere detectar, bien sea de oficio o a petición de parte, todo lo cual reducirá en un acta.

Artículo 131.- En la misma audiencia preliminar el Juez de Sustanciación y Ejecución incorporará al expediente las pruebas documentales presentadas por el demandado y elaborará la lista de testigos que las partes hubieren presentado, ordenando de oficio o a petición de parte las experticias que fueran necesarias y admitirá las posiciones juradas solicitadas por las partes.

Artículo 132.- En la Audiencia Preliminar el Juez de Sustanciación y Ejecución podrá de oficio o a petición de parte acordar las medidas cautelares que considere pertinentes a fin de garantizar las resultas del proceso, siempre que exista presunción grave del derecho reclamado. Contra dicha decisión será oída apelación a un solo efecto dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al fallo por ante la Corte Superior del Trabajo competente, la cual decidirá en el lapso de cinco (5) días de despacho a partir del recibo del expediente en forma oral e inmediata y previa audiencia de parte, reduciendo lo determinado en acta. Contra la decisión de la Corte Superior no se admitirá Recurso de Casación. En todo caso, si el apelante no compareciere a la audiencia oral fijada para decidir la apelación, se considerará desistido el recurso.

Artículo 133.- Culminada la Audiencia Preliminar y sustanciadas las incidencias probatorias a que hubiere lugar, las cuales en ningún caso podrán exceder de cuatro (4) meses contados a partir de la realización de la audiencia preliminar; el Juez de Sustanciación y Ejecución remitirá el expediente al Tribunal de Juicio a los fines de la decisión de la causa en audiencia oral.

CAPÍTULO IV Arbitraje

Artículo 134.- En el supuesto que el juez ordene la realización de un arbitraje que resuelva la controversia planteada por las partes, se procederá a la constitución de una Junta de Arbitraje formada por tres (3) miembros. Los tres (3) árbitros serán escogidos al azar por el Juez, de

una terna o lista de árbitros establecida oficialmente por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social e integrada por distinguidos y calificados especialistas en Derecho del Trabajo.

Artículo 135.- Dicha Junta será designada por el Tribunal de Sustanciación y Ejecución en la misma Audiencia Preliminar.

Artículo 136.- Se creará una lista de árbitros por cada Circuito Judicial. Esta lista de árbitros será efectuada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de una terna a ser propuesta por la sociedad civil, en especial por las Universidades Nacionales, Colegios de Abogados, organizaciones no gubernamentales y destacados miembros del foro.

Artículo 137.- Para ser árbitro o árbitra se requiere:

1. Tener la nacionalidad venezolana;
2. Ser ciudadano o ciudadana de reconocida honorabilidad;
3. Ser jurista de reconocida competencia en Derecho del Trabajo y gozar de buena reputación;
4. Haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince (15) años y tener título universitario de postgrado en materia laboral o haber sido profesor universitario en Derecho del Trabajo durante un mínimo de quince (15) años y tener la categoría de Profesor Agregado; o haber sido juez o jueza superior en Derecho del Trabajo, con un mínimo de quince (15) años en el ejercicio de la carrera judicial.

Artículo 138.- Estos árbitros serán juramentados por el Tribunal Supremo y estarán obligados a cumplir con sus funciones, salvo el caso que tenga causal de inhibición o excusa debidamente justificada a juicio del tribunal de la causa.

Artículo 139.- Los árbitros deberán inhibirse de conocer aquellos asuntos sometidos a su consideración cuando se encuentren incurso en alguna de las causales de inhibición previstas en la legislación.

Artículo 140.- El costo de los honorarios profesionales de los árbitros será cancelado por la parte o partes solicitantes del arbitraje. En ningún caso el monto a cancelar por las partes con relación a este concepto podrá ser mayor al quince por ciento (15%) de lo arbitrado.

Artículo 141.- La Junta de Arbitraje constituida será presidida por el árbitro que establezca el Tribunal y se reunirán a las horas y en los establecimientos que éste designe.

Artículo 142.- Las decisiones de la Junta de Arbitraje serán tomadas por mayoría de votos.

Artículo 143.- La Junta de Arbitraje tendrá las más amplias facultades a fin de decidir el asunto planteado y sus audiencias serán públicas y orales.

Artículo 144.- Los miembros de la Junta de Arbitraje tendrán el carácter de árbitros arbitradores y sus decisiones serán inapelables.

Queda a salvo el derecho de las partes de interponer recurso de casación por ante el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social, dentro del lapso de cinco (5) días de despacho siguientes a la publicación del laudo, a los fines de solicitar que se declare su nulidad, cuando la decisión de los árbitros se tome en contravención a disposiciones legales de orden público.

Artículo 145.- El laudo deberá ser dictado previa la realización de la audiencia oral, dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la fecha en que se haya constituido la Junta de Arbitraje. En todo caso, se apreciará especialmente lo establecido en los artículos 156 y 158 de esta Ley.

Artículo 146.- La Junta de Arbitraje deberá producir su laudo conforme a los principios generales que orientan esta Ley y aplicando supletoriamente el procedimiento establecido en la misma.

CAPÍTULO V

Procedimiento de Juicio

Artículo 147.- Al quinto (5°) día de despacho siguiente al recibo del expediente por el Tribunal de Sustanciación y Ejecución, el Juez de Mérito fijará por auto expreso, la audiencia oral dentro de un plazo no mayor a veinte (20) días de despacho, contados a partir de dicha determinación.

Artículo 148.- El día y la hora fijada para la realización de la audiencia oral deberán concurrir por sí o por medio de apoderado, tanto la parte actora como la demandada. Si no compareciere la parte actora se enten-

derá que desiste de la acción y el procedimiento por auto que dictará el Juez en forma oral, reduciendo el mismo a un acta que se agregará al expediente. Contra esta decisión podrá el demandante apelar libremente por ante la Corte Superior del Trabajo competente, dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes.

Si fuere el demandado que no comparece a la audiencia oral se tendrá por confeso con relación a los hechos planteados por la parte actora, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, sentenciando la causa en forma oral con base a dicha confesión; sentencia la cual será reducida en forma escrita en la misma audiencia. Podrá apelar de la decisión libremente el demandado, dentro del plazo de cinco (5) días de despacho a partir de la publicación del fallo.

En las situaciones anteriormente referidas serán consideradas como causas justificativas de la incomparecencia tanto del actor como del demandado, entre otras, las siguientes: caso fortuito o fuerza mayor, enfermedad, calamidad, huelgas de transporte, lluvia torrencial, terremoto; comprobables a criterio del Tribunal.

En ambos casos la Corte Superior del trabajo respectiva decidirá sobre la apelación en forma oral e inmediata y previa audiencia de parte, en un lapso no mayor de cinco (5) días de despacho siguientes a partir del recibo del expediente. Siempre será admisible recurso de casación contra dichas decisiones.

Artículo 149.- En el día fijado para que tenga lugar la audiencia oral, el demandado o quien ejerza su representación, deberá contestar la demanda en forma oral y consignará por escrito dicha contestación, determinando con claridad cuáles de los hechos invocados en la demanda admite como ciertos y cuáles niega o rechaza y expresar, asimismo, los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar. La parte demandada está obligada a fundamentar el motivo del rechazo o de la admisión de los hechos.

Antes de concluir el acto de la litis contestación el Juez podrá interrogar a la parte demandada sobre alguno o más de los hechos que éste no hubiere rechazado en forma determinada y su respuesta se tendrá como parte de la contestación.

Se tendrán por admitidos aquellos hechos indicados en la demanda respectiva, de los cuales, al contestar la demanda, no se hubiere hecho la requerida determinación, expuestos los motivos del rechazo, ni aparecieren desvirtuados por ninguno de los elementos del proceso.

Artículo 150.- En la misma audiencia de juicio en que se hubiere verificado la contestación de la demanda, el Juez fijará la oportunidad para la continuación del debate oral, a los fines de que tenga lugar la evacuación de las pruebas que fueron promovidas y admitidas en la etapa de sustanciación.

Artículo 151.- La audiencia oral será presidida personalmente por el Juez, quien dispondrá de todas las facultades disciplinarias y de orden para asegurar la mejor celebración de la misma. Previa a la exposición oral del actor y del demandado de los alegatos que consideren pertinentes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, se recibirán las pruebas de ambas partes comenzando con las del actor. En la audiencia o debate oral no se permitirá a las partes, ni la presentación ni la lectura de escritos, salvo que se trate de algún instrumento o prueba existente en los autos a cuyo tenor deba referirse la exposición oral.

Artículo 152.- Las partes podrán presentar los testigos que hubieren promovido en la fase de sustanciación, con la identificación correspondiente de los mismos, los cuales deberán comparecer sin necesidad de notificación alguna a fin de que declaren oralmente ante el Tribunal con relación a los hechos debatidos en el proceso, pudiendo ser repreguntados por las partes y por el Juez de Juicio o de mérito. En todo caso será responsabilidad del promovente garantizar la asistencia del testigo.

Artículo 153.- Siempre que las partes lo hubieren solicitado en la audiencia preliminar, éstas se encontrarán obligadas a rendir posiciones juradas ante el Tribunal.

La falta de comparecencia de cualquiera de ellas a dicho acto lo hará incurrir en confesión ficta.

Artículo 154.- Los expertos están obligados a comparecer a la audiencia oral, para lo cual el Tribunal los notificará oportunamente. La incomparecencia injustificada del experto a la audiencia oral será causal de destitución, si el mismo es un funcionario público; y si es un perito privado se entenderá como un desacato a las órdenes del Tribunal.

Artículo 155.- Recibida la prueba de alguna parte, el Juez concederá a la contraria un tiempo breve para que haga oralmente las observaciones que considere oportunas. El Juez podrá en todo caso hacer cesar la intervención de la contraparte cuando considere suficientemente debatido el asunto.

Artículo 156.- La audiencia oral podrá prolongarse en el mismo día hasta que se agotare el debate, y con la aprobación del Juez. En todo caso, si no fuere suficiente la audiencia fijada para agotar completamente el debate, éste continuará el día de despacho siguiente y así cuantas veces sean necesarias hasta agotarlo.

Artículo 157.- Concluido el debate oral, el Juez se retirará de la audiencia por un tiempo que no será mayor de treinta (30) minutos. Mientras tanto, las partes permanecerán en la Sala de Audiencias.

Artículo 158.- Vuelto a la Sala, el Juez de juicio pronunciará su sentencia oralmente, expresando el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho, la cual reducirá de inmediato en cuanto a su dispositiva a forma escrita. Si el Juez de juicio no decide la causa inmediatamente después de concluido el debate oral, éste deberá repetirse de nuevo para lo cual se fijará nueva oportunidad.

En casos excepcionales por la complejidad del asunto debatido el Juez de Mérito podrá diferir por una sola vez la oportunidad para dictar la sentencia por un lapso no mayor de cinco (5) días de despacho después de concluido el debate oral. En todo caso deberá por auto expreso, determinar la fecha para la cual se difirió el acto para sentenciar, a los fines de la comparecencia de las partes al mismo.

Único: Constituye causa de destitución el hecho de que el Juez de mérito no decida la causa dentro de la oportunidad establecida en esta Ley.

Artículo 159.- En la apreciación de las pruebas el Juez tendrá por norte el establecimiento de la verdad, observando las reglas de la sana crítica, las de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia.

Artículo 160.- Dentro del plazo de cinco (5) días de despacho siguientes al pronunciamiento de la sentencia, el Juez deberá reproducir por escrito el fallo completo y se agregará a las actas, dejando constancia el Secretario del día y hora de la consignación. El fallo será redactado en términos claros, precisos y lacónicos sin necesidad de narrativa ni de transcripciones de actas, ni de documentos que consten en el expediente; pero contendrá los motivos de hecho y de derecho de la decisión, como la determinación del objeto o la cosa sobre la que recaiga la decisión; pudiendo ordenar si fuere necesario experticia complementaria del mismo con un único perito, el cual será designado por el Tribunal.

Artículo 161.- La sentencia será nula:

1º Por faltar las determinaciones indicadas en el artículo anterior;

2º Por haber absuelto la instancia;

3º Por resultar la sentencia de tal modo contradictoria, que no pueda ejecutarse o no aparezca qué sea lo decidido; y

4º Cuando sea condicional o contenga ultrapetita.

Artículo 162.- De la sentencia definitiva dictada por el Juez de Juicio se admitirá apelación dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la publicación del fallo en forma escrita.

Esta apelación se propondrá en forma oral ante el Juez de Juicio o de mérito, quien la reducirá en un acta, remitiendo de inmediato los autos a la Corte Superior del Trabajo competente.

Artículo 163.- Interpuesta la apelación, la misma suspende la ejecución del fallo hasta su definitiva resolución por la Corte Superior competente.

Artículo 164.- La audiencia oral deberá ser reproducida en forma audiovisual, debiendo el juez de mérito remitir junto con el expediente y en sobre sellado, la cinta o medio electrónico de reproducción para el conocimiento de la Corte Superior del Trabajo. En casos excepcionales y ante la imposibilidad manifiesta de la reproducción audiovisual de la audiencia; la misma podrá realizarse sin estos medios, dejando el juez constancia de esta circunstancia en la reproducción de la sentencia.

CAPÍTULO VI

Procedimiento en Segunda Instancia

Artículo 165.- Recibido por la Corte Superior del Trabajo competente el expediente remitido por el Juez de Juicio o de mérito, se fijará la realización de la audiencia oral para el décimo (10º) día de despacho siguiente contado a partir del recibo del mismo, a la hora que fije el tribunal.

En esa misma oportunidad si lo estima pertinente podrá ordenar la comparecencia de las partes y de los testigos, sin necesidad de notificación alguna. Con relación a los expertos, el Tribunal ordenará su comparecencia, previa notificación de los mismos.

Artículo 166.- El día y la hora señalados por la Corte Superior del Trabajo para la realización de la audiencia oral, se producirá la vista de la causa bajo la suprema y personal dirección del tribunal. En el supuesto que no compareciere a dicha audiencia la parte apelante, se declarará desistida la apelación y el expediente será remitido al Tribunal de Sustanciación y Ejecución correspondiente.

Artículo 167.- La audiencia oral se realizará en forma pública y contradictoria, pudiendo las partes o sus apoderados alegar todo lo que consideren pertinente para la mejor defensa de sus derechos e intereses. El Tribunal podrá ordenar que se proceda a puerta cerrada por motivos de decencia pública, según la naturaleza de la causa.

Artículo 168.- El tribunal podrá dar por concluido el debate y el examen de las pruebas aportadas, si fuera el caso; cuando en su criterio se encuentre suficientemente ilustrado sobre el caso.

Único: En todo caso se observará lo establecido en el artículo 156 de esta Ley.

Artículo 169.- Concluido el debate oral, los Magistrados se retirarán de la audiencia por un tiempo que no será mayor de treinta (30) minutos. En la espera, las partes permanecerán en la Sala de Audiencias.

Concluido dicho lapso, deberán los Jueces pronunciar su fallo en forma oral, debiendo reproducir en todo caso de manera sucinta y breve la sentencia, dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes, sin formalismos innecesarios.

En casos excepcionales por la complejidad del asunto debatido, los Magistrados integrantes de la Corte Superior podrán diferir por una sola vez la oportunidad para dictar la sentencia, por un lapso no mayor de cinco (5) días de despacho después de concluido el debate oral. En todo caso deberán por auto expreso determinar la fecha para la cual han diferido el acto para sentenciar, a los fines de la comparecencia de las partes al mismo.

Artículo 170.- La audiencia oral deberá ser reproducida en forma audiovisual, debiendo los jueces que conforman la Corte Superior remitir junto con el expediente y en sobre sellado, la cinta o medio electrónico de reproducción para el conocimiento de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. En casos excepcionales y ante la imposibilidad manifiesta de la reproducción audiovisual de la audiencia; la misma

podrá realizarse sin estos medios, dejando el juez constancia de esta circunstancia en la reproducción de la sentencia.

Artículo 171.- El recurso de casación se anunciará por ante la Corte Superior del Trabajo que dictó la sentencia contra la cual se recurre, dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes contados a partir de la publicación de la misma. La Corte Superior lo oír a no el día de despacho siguiente al vencimiento del lapso que se da para el anuncio. En caso de negativa, deberá motivar el rechazo, y en caso de admisión hará constar en el auto el día que correspondió al último de los cinco (5) días de despacho que se dan para el anuncio, remitiendo el expediente en forma inmediata.

Artículo 172.- En caso de negativa de admisión del recurso de casación, la Corte Superior que lo negó mantendrá el expediente durante cinco (5) días de despacho a fin de que el interesado pueda ocurrir de hecho por ante el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social, proponiéndose el recurso de manera escrita en el mismo expediente por ante la misma Corte Superior que negó su admisión, quien lo remitirá, vencido los cinco (5) días, al Tribunal Supremo de Justicia Sala de Casación Social para que éste lo decida, sin audiencia previa; dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al recibo de las actuaciones.

Si el recurso de hecho fuere declarado con lugar, al quinto (5°) día de despacho siguiente se fijará la realización de la audiencia oral, la cual debe llevarse a cabo dentro de los diez (10) días de despacho siguientes contados a partir de dicha declaratoria.

Si el recurso fuere desechado, se remitirá directamente al Juez de Sustanciación y Ejecución respectivo, participándole dicha remisión a la Corte Superior que le envió el expediente.

En caso de interposición maliciosa del recurso de hecho, la Sala de Casación Social podrá imponer una multa de hasta ciento veinticinco (125) Unidades Tributarias. En este último caso el auto será motivado. Si el recurrente no pagara la multa dentro del lapso de tres (3) días sufrirá un arresto de quince (15) días.

CAPÍTULO VII

Recurso de Casación Laboral

Artículo 173.- El recurso de casación puede proponerse:

- 1º Contra las sentencias de última instancia que pongan fin al juicio o impidan su continuación, cuyo interés principal exceda de tres mil quinientas (3.500) Unidades Tributarias.
- 2º Contra los laudos arbitrales, cuando el interés principal de la controversia exceda de tres mil quinientas (3.500) Unidades Tributarias.

Artículo 174.- Se declarará con lugar el recurso de casación:

- 1º Cuando en el proceso se hayan quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaben el derecho de defensa.
- 2º Cuando se haya incurrido en un error de interpretación acerca del contenido y alcance de una disposición expresa de la ley, o aplicando falsamente una norma jurídica; cuando se aplique una norma que no esté vigente, o se le niegue aplicación y vigencia a una que lo esté; o cuando se haya violado una máxima de experiencia. En estos casos la infracción tiene que haber sido determinante de lo dispositivo en la sentencia.

Artículo 175.- Al quinto (5to) día de despacho siguiente de recibido el expediente, la Sala de Casación Social dictará un auto declarando admisible el recurso y fijará la realización de la audiencia oral dentro de los diez (10) días de despacho siguientes contados a partir del auto de admisión.

Artículo 176.- Si a juicio de la Sala de Casación Social el recurso de casación es inadmisibile, se dictará un auto razonando los motivos de dicha negativa y se remitirá el expediente al Tribunal de Sustanciación y Ejecución a los fines de la ejecución del fallo, si fuera pertinente.

Artículo 177.- La audiencia oral se realizará el día y la hora que disponga el tribunal, pudiendo las partes formular sus alegatos y defensas oralmente, de manera pública y contradictoria.

La audiencia oral podrá prolongarse en el mismo día hasta que se agotare el debate, y con la aprobación de los Magistrados. En todo caso, si no

fuere suficiente la audiencia fijada para agotar completamente el debate, éste continuará el día hábil siguiente y así cuantas sean necesarias hasta agotarlo.

Si el recurrente no compareciere a la audiencia oral, se declarará desistido el Recurso de Casación y el expediente será remitido al Tribunal correspondiente.

Artículo 178.- Concluido el debate oral a juicio del tribunal, éste deberá dictar su sentencia de manera oral e inmediata, debiéndose reproducir y publicar dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la producción del fallo.

En casos excepcionales por la complejidad del asunto debatido, los Magistrados integrantes de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia podrán diferir por una sola vez la oportunidad para dictar la sentencia por un lapso no mayor de cinco (5) días de despacho después de concluido el debate oral. En todo caso deberán por auto expreso determinar la fecha para la cual han diferido el acto para sentenciar, a los fines de la comparecencia de las partes al mismo.

Artículo 179.- En su sentencia, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia se pronunciará sobre las infracciones denunciadas, extendiéndose al fondo de la controversia y al establecimiento y apreciación de los hechos que hayan efectuado los tribunales de Instancia. Si al decidir el recurso el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social hubiere detectado alguna infracción a las que se refiere el Ordinal Primero del artículo 174 de este Capítulo; decretará la nulidad y reposición de la causa al estado que considere necesario para establecer el orden jurídico infringido, y siempre que dicha reposición sea útil. La sentencia de casación deberá decidir el fondo de la controversia casando o anulando el fallo del superior sin posibilidad de reenvío; o lo confirmará, según su criterio y apreciando los hechos soberanamente a través de la sana crítica, la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia.

Artículo 180.- El Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social remitirá el expediente al Tribunal de Sustanciación y Ejecución, si fuere el caso, todo a los fines legales subsiguientes y remitiendo copia certificada del fallo al superior respectivo.

CAPÍTULO VIII

Control de la Legalidad

Artículo 181.- El Tribunal Supremo de Justicia podrá a solicitud de parte, conocer de aquellos fallos emanados de las Cortes Superiores del Trabajo, que aun y cuando no fueran recurribles en casación, sin embargo violenten o amenacen con violentar las normas de orden público laboral. En este caso la parte recurrente podrá dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la publicación del fallo y por ante la Corte Superior del Trabajo correspondiente, solicitar el avocamiento del asunto mediante escrito que en ningún caso excederá de cinco (5) folios.

La Corte Superior deberá remitir el expediente al Tribunal Supremo de Justicia de manera inmediata; el cual una vez recibido el expediente, decidirá sumariamente con relación a dicha solicitud. En el supuesto que el Tribunal Supremo en Sala de Casación Social decida conocer del asunto, fijará la audiencia oral siguiendo el procedimiento establecido en el Capítulo anterior. La declaración de inadmisibilidad del recurso se hará constar en forma escrita por auto del Tribunal, sin motivación alguna. De igual manera, estará sujeto a multa el recurrente que interponga el recurso maliciosamente hasta un monto máximo al equivalente a ciento veinticinco (125) Unidades Tributarias. En este último caso el auto será motivado. Si el recurrente no pagara la multa dentro del lapso de tres (3) días sufrirá arresto de quince (15) días.

Único: En ningún caso es procedente que se interpongan concurrentemente el recurso de casación y la solicitud de control de la legalidad, debiendo la Corte Superior del Trabajo respectiva en estas circunstancias, tramitar al primero.

CAPÍTULO IX

Procedimiento de Ejecución.

Artículo 182.- Definitivamente firme la sentencia, el juez de la causa ordenará la ejecución de la sentencia por sí mismo, y de ser necesario designará un solo perito y un solo cartel de remate.

Artículo 183.- El juez de ejecución está facultado para disponer todas las medidas que considere pertinentes a los fines de garantizar la efectiva ejecución del fallo y que la misma no se haga ilusoria, pudiendo en consecuencia dictar las siguientes medidas:

1. El embargo ejecutivo de bienes muebles;
2. El secuestro de bienes determinados;
3. La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

Podrá también el Juez dictar cualquier disposición complementaria para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado.

Artículo 184.- Ninguna de las medidas de que trata el artículo anterior podrá ejecutarse sino sobre bienes que sean propiedad de aquél contra quien se libren.

Artículo 185.- Contra las decisiones del Juez de Sustanciación y Ejecución se admitirá recurso de apelación a dos (2) efectos, dentro de los tres (3) días de despacho siguientes contados a partir del acto que se impugna, y la misma será decidida en forma oral e inmediata y previa audiencia de parte, dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes por la Corte Superior del Trabajo sin admitirse recurso de casación contra dicho fallo. La incomparecencia del recurrente a la audiencia oral se entenderá como el desistimiento que el mismo hace de la apelación.

TÍTULO VIII

De la Estabilidad en el Trabajo

CAPÍTULO I

De la Estabilidad

Artículo 186.- Los trabajadores permanentes que no sean de dirección y que tengan más de tres (3) meses al servicio de un patrono no podrán ser despedidos sin causa justa.

Parágrafo Único.- Los trabajadores contratados por tiempo determinado o para una obra determinada gozarán de esta protección mientras no haya vencido el término o concluido la totalidad o parte de la obra que constituya su obligación.

Este privilegio no se aplica a los trabajadores temporeros, eventuales, ocasionales y domésticos.

Artículo 187.- Son trabajadores permanentes aquéllos que por la naturaleza de la labor que realizan, esperan prestar servicio durante un período de tiempo superior al de una temporada o eventualidad en forma regular o ininterrumpida.

Artículo 188.- Son trabajadores temporeros los que prestan servicio en determinadas épocas del año y en jornadas continuas e ininterrumpidas por lapsos que demarcan la labor que deban realizar.

Artículo 189.- Son trabajadores eventuales u ocasionales los que realizan labores en forma irregular, no continua ni ordinaria y cuya relación de trabajo termina al concluir la labor encomendada.

Artículo 190.- Cuando el patrono despida a uno o más trabajadores deberá participarlo al Juez de Sustanciación y Ejecución del Trabajo de su jurisdicción, indicando las causas que justifiquen el despido dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes, y de no hacerlo se le tendrá por confeso en el reconocimiento de que el despido lo hizo sin justa causa. Asimismo, el trabajador podrá ocurrir ante el Juez de Sustanciación y Ejecución cuando no estuviere de acuerdo con la procedencia de la causa alegada para despedirlo a fin de que el Juez de Juicio o de mérito la califique y ordene su reenganche y pago de los salarios caídos si el despido no se fundamenta en justa causa de conformidad con la ley. Si el trabajador dejare transcurrir el lapso de cinco (5) días de despacho sin solicitar la calificación del despido, perderá el derecho al reenganche pero no así los demás que le corresponden en su condición de trabajador, los cuales podrá demandar ante el Tribunal del Trabajo competente.

Artículo 191.- El procedimiento aplicable en materia de estabilidad laboral será el previsto en la presente Ley, pero de la decisión emanada de la Corte Superior del Trabajo competente no se concederá el recurso de casación.

Artículo 192 .- En todo caso la sentencia deberá decidir de manera oral sobre el fondo de la causa y declarar con o sin lugar la solicitud de reenganche y el pago de los salarios caídos.

Artículo 193.- Podrá sin embargo el patrono persistir en su propósito de despedir al trabajador, para lo cual deberá pagar adicionalmente a los conceptos derivados de la relación de trabajo y los salarios que hubiere dejado de percibir el trabajador durante el procedimiento, las indemnizaciones a que se refiere el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Artículo 194.- Los patronos que ocupen menos de diez (10) trabajadores no estarán obligados al reenganche del trabajador despedido pero sí al pago de las prestaciones e indemnizaciones a que se refiere la Ley Orgánica del Trabajo, cuando el despido no obedezca a una justa causa.

CAPÍTULO II

De la Inamovilidad

Artículo 195.- Cuando un patrono pretende despedir por causa justificada a un trabajador investido de inamovilidad, o trasladarlo o desmejorarlo en sus condiciones de trabajo, solicitará la autorización correspondiente ante el Tribunal de Sustanciación y Ejecución de la jurisdicción donde esté domiciliado el trabajador, en escrito que determine el nombre y domicilio del solicitante y el carácter con el cual se presente; el nombre y el cargo o función del trabajador a quien se pretende despedir, trasladar o desmejorar y las causas que se invoquen para ello. El Juez notificará al trabajador para que tenga lugar la audiencia preliminar al décimo (10º) día de despacho siguiente a que conste en su notificación, aplicándose el procedimiento de Primera y Segunda Instancia previsto en esta Ley.

Artículo 196.- Si el patrono, en el curso del procedimiento de calificación para el despido, despidiere al trabajador antes de la decisión del Juez, éste ordenará la suspensión del procedimiento hasta que se produzca el reenganche.

Artículo 197.- Contra la sentencia de la Corte Superior del Trabajo competente no se admitirá recurso de casación.

CAPÍTULO III

Procedimiento de Reenganche

Artículo 198.- Cuando un Trabajador que goce de inamovilidad sea despedido, trasladado o desmejorado sin cumplirse con las formalidades establecidas en el artículo 195 de esta Ley, podrá dentro de los treinta (30) días siguientes, solicitar ante el Juez de Sustanciación y Ejecución el reenganche o la reposición a su situación anterior. El Juez dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes notificará al patrono que debe comparecer al quinto (5) día hábil por sí o por medio de representante. En este acto el Juez procederá a interrogarlo sobre:

- a.- Si el solicitante presta servicio en su empresa;
- b.- Si reconoce la inamovilidad; y
- c.- Si se efectuó el despido, el traslado o la desmejora invocada por el solicitante.

Si el resultado del interrogatorio fuere positivo o si quedaren reconocidos la condición del trabajador y el despido, el traslado o la desmejora, el Juez verificará si procede la inamovilidad, y si así fuere, ordenará la reposición a su situación anterior y el pago de los salarios caídos.

Artículo 199.- Cuando de este interrogatorio resultare controvertida la condición de trabajador de quien solicita el reenganche o la reposición, el Juez de Sustanciación y Ejecución remitirá al Juez de Juicio o de mérito y se seguirá el procedimiento establecido en la presente Ley, pero en ningún caso se admitirá casación.

TÍTULO IX

Del Amparo Laboral

CAPÍTULO I

Del Amparo Laboral

Artículo 200.- Son competentes para conocer de la acción de amparo sobre derechos y garantías constitucionales los Tribunales del Trabajo previstos en la presente Ley.

Artículo 201.- El procedimiento para conocer de la acción de amparo será el previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la Ley de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales y el que determine la Jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

TÍTULO X

Vigencia y Régimen Procesal Transitorio

CAPÍTULO I

Vigencia

Artículo 202.- La presente Ley entrará en vigencia al año siguiente de su aprobación por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, y desde esa fecha quedará derogada la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo promulgada el 16 de agosto de

1940, reformada parcialmente el 30 de junio de 1956 y el 18 de noviembre de 1959, así como los procedimientos especiales contemplados en la Ley Orgánica del Trabajo, en los artículos 112 al 124, ambos inclusive, y el artículo 127; de igual forma quedan derogados los artículos 449 al 458, ambos inclusive, de la Ley anteriormente referida, y su Reglamento; como el artículo 859, ordinal 2° del Código de Procedimiento Civil; y cualesquiera otras disposiciones de procedimiento que se opongan a esta Ley.

Artículo 203.- Las disposiciones de esta Ley se aplicarán a los procesos judiciales del trabajo que se inicien desde su vigencia, sin perjuicio a lo establecido en el Capítulo II del Título XI.

CAPÍTULO II

Régimen Procesal Transitorio

Artículo 204.- Este régimen se aplicará a los procesos judiciales que estén en curso a la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, los cuales seguirán siendo juzgados en su tribunal de origen dentro de la organización que establezca el Tribunal Supremo de Justicia, hasta la terminación del juicio.

Artículo 205.- Las causas que se encuentren en primera instancia, según la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo derogada por esta Ley se le aplicarán las siguientes reglas:

1. Todas aquellas causas en donde no se hubiese dado contestación al fondo de la demanda serán remitidos al Juez de Sustanciación y Ejecución, y los mismos se tramitarán de conformidad con las normas de esta Ley;
2. Todas aquellas causas en donde se haya contestado al fondo de la demanda y vencido o por vencer el término de promoción de pruebas, se procederá a evacuar las mismas conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo; y luego el procedimiento continuará su curso conforme lo estipula el ordinal 3° de este artículo.
3. Cuando se encuentre en el lapso de evacuación de pruebas, vencido éste según la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo, se procederá a fijar el acto de informes orales para el décimo quinto (15°) día de despacho siguiente y el Juez de Juicio o de mérito dictará su sentencia dentro de los diez (10) días de despacho posteriores a su realización.

4. Cuando se encuentren en estado de sentencia, se pronunciará el fallo dentro de los noventa (90) días siguientes contados a partir de la vigencia de esta Ley.

Artículo 206.- La sentencia definitiva podrá ser apelada dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a su publicación o notificación. De la apelación conocerá la Corte Superior del Trabajo aplicando el procedimiento previsto en esta Ley.

Contra dicha sentencia se admitirá recurso de casación aplicándose el procedimiento previsto en la presente Ley.

Artículo 207.- Las causas que se encuentren en segunda instancia y casación conforme a la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo derogada serán resueltas por las Cortes Superiores del Trabajo y por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley, dentro de los noventa (90) días siguientes a su entrada en vigencia.

Artículo 208.- Los procedimientos de calificación de despido o de reenganche que se encuentren en curso al momento de entrar en vigencia la presente Ley, continuarán siendo sustanciados y decididos por los inspectores del trabajo competentes y sus decisiones podrán ser impugnadas por ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN SOCIAL
Dr. Omar Mora Díaz
Presidente de la Sala
Dr. Rafael Perdomo
Dr. Alberto Martini Urdaneta

CAPACIDAD JURÍDICA DE LA MUJER EN LA REPÚBLICA Y EN EL IMPERIO

Geraldine García González

El sexo era una causa de índole natural, que fue considerada limitativa de la capacidad jurídica de obrar por el derecho romano.

La mujer, por su condición de inferioridad respecto al hombre, expresa Camus, “estuvo en el derecho antiguo sometida al poder de otro”¹. “En efecto, si la mujer era *alieni juris*, habida en justo matrimonio de sus progenitores, se encontraba sometida a la patria potestad del *pater familia*, si era *sui juris*, es decir, libre y púber, estaba siempre sometida a tutela permanente o perpetua, y si contraía matrimonio *in manus*, entraba a formar parte de la familia del marido como agnada y era considerada como hija del marido, si éste era *sui juris*, ejerciendo el poder de la *manus* sobre ella”².

Estas dos últimas instituciones desaparecieron en el derecho justiniano, iniciándose así una fase de mayor liberación para la mujer.

La capacidad jurídica es el atributo de ciertas categorías de personas. Sólo los ciudadanos la poseen y no todos, sino únicamente los *Pater familias*, los jefes de un grupo económico y social en calidad de tales. La sociedad romana de esta época no es una agrupación de individuos, sino una comunidad de pequeñas asociaciones.

La capacidad jurídica es simplemente la capacidad de ser sujetos de derecho. Para que tenga trascendencia práctica, debe concurrir con ella la posibilidad de usarla, la capacidad de obrar, es decir, la capacidad de actuar en el comercio jurídico, de exteriorizar una voluntad jurídicamente eficaz.

¹ CAMUS, E.F. *Curso de Derecho Romano*. Editorial La Habana. Tomo II.

² Una persona *Sui juris* es aquella que no está bajo la patria potestad de nadie, ya sea porque su padre que era quien la ejercía murió, por *mancipio* o por pérdida de la *capitis diminutio* (capacidad jurídica) del padre que la ejerciera. Por el contrario una persona *Alieni juris* es aquella que aún se encuentra bajo la patria potestad del padre, o en el caso de la mujer bajo de la del marido.

Esta capacidad no concurre tampoco en el *sui juris* antes de llegar a una cierta edad o cuando es de sexo femenino o es declarado enfermo mental o pródigo.

Estas limitaciones de la mujer obedecían a la llamada debilidad de su sexo, o más bien, al sistema familiar que privaban en el derecho antiguo, donde el jefe antiguo resolvía todos los problemas de orden familiar.

Kunkel, en su libro de Derecho Romano Privado, Dice: "si todo acto jurídico contiene una declaración de voluntad, sólo pueden ser concluidos por los sujetos que estuvieran en situación de expresar una voluntad independiente y con seriedad y de disponer conscientemente sobre sus relaciones jurídicas. Por tal causa el derecho romano negó total o parcialmente la capacidad de obrar o negociar a determinadas personas con capacidad jurídica"³.

Para explicar la incapacidad jurídica de la mujer, se tendría que referir a la mujer púber *sui juris*, ya que ésta es la única libre de la legislación romana y, por lo tanto, fue la sometida a tutela permanente, excluyendo el caso de la sometida a patria potestad o a la *manus* del marido.

La mujer en el derecho público no podía ejercer ningún tipo de cargo porque estaban reservadas a los hombres, por ejemplo, se prohibía ocupar magistraturas, entendiendo por estas los órganos del estado romano a las cuales estaban asignadas funciones públicas.

Se le prohibía al mismo tiempo ser tutora, salvo algunas excepciones, ni gozar de la patria potestad sobre sus hijos; y en lo que respecta al derecho sucesoral, éste le impedía testar sin la *autoritas tutoris*, al igual que le reducía la capacidad para heredar por testamento (Lex Voconia); y en lo que se refiere al derecho de obligaciones, dar hipotecas o una fianza por una deuda de un extraño (senado consulto Veleyano), es decir, que este senado consulto dispuso que fueran ineficaces las obligaciones de garantías ofrecidas por la mujer, aunque podía pagar por otro.

³ KUNKEL, Jors. *Derecho Privado Romano*. Editorial Labor, p. 124.

En el derecho procesal romano, la mujer no podía representar a otro, en juicio, ni intentar acciones públicas.

CAPACIDAD PATRIMONIAL

El matrimonio Romano fue siempre monogámico, lo cual no siempre excluía el concubinato. *La mater familias* sólo es la mujer casada en legítimo matrimonio. Y sólo sus hijos son *fili* y *filiae familias* del marido.

Un legítimo matrimonio presupone la capacidad de contraerlo, el *connubium*, por parte del hombre y de la mujer.

El *connubium* es el Derecho que sólo los ciudadanos romanos poseían para contraer matrimonio.

El impedimento de los plebeyos y de los extranjeros responde manifiestamente a razones políticas, ya que el *connubium* de la mujer le da acceso a la familia del marido y con ello a la ciudadanía plena, destruyendo así la línea divisoria entre romanos y extranjeros, plebeyos y patricios.

El poder marital, se adquiría por tres especies de matrimonio: el matrimonio etrusco, patricio, sacerdotal (*confarreatio*); el latino y heroico, que se efectuaba por medio de la *emancipación*, por la venta (*coemptio*); y el matrimonio por simple conocimiento, pero con posesión de un año sin interrupción (*usucapio*).

La Coemptio era una venta real de la novia hecha al novio por el padre o el tutor. Así parecen indicarlo los esponsales (*sponsalia*), celebrados en forma de *sponsio* y que son una promesa hecha al novio o a su padre o tutor, en su caso, por el que tiene el poder doméstico sobre la novia, obligándose a entregarle ésta (*eam in matrimonium datum iri*).

En tiempos posteriores todavía parece que la *coemptio* de la mujer se verificaba por obra del tutor de sexo, combinada sólo con una promesa recíproca de los contrayentes mismos, que, gradualmente, fue pasando a ser lo principal, hasta dar lugar a la apariencia de que era la mujer misma la que intervenía como sujeto en la compra.

La Confarreatio era la celebración del matrimonio en forma de ofrenda de un pan de escanda (*farreus panis*) a Júpiter, con ciertas palabras sacramentales (*verba certa et sollemnia*), ante diez testigos y ante el *pontifex maximus* y el *flamen Dialis*. Este tipo de matrimonio sujetó a la mujer al poder del marido, a su *manus*, que designaba los poderes domésticos todos del ciudadano romano, el poder conjunto del jefe de la familia sobre su casa, tanto de los objetos animados como sobre los inanimados, según se infiere de la analogía con la *mancipatio*.

MATRIMONIO CON *MANUS*

El matrimonio es la base del poder doméstico. Somete a la mujer a que ocupe la posición de una hija respecto de su marido y la de una hermana respecto de sus hijos, con todo lo que le pertenece y con cuanto pueda provenir de ella, y por lo tanto también con sus hijos, al poder del marido, a la *patria potestas*.

Este poder de señorío doméstico es ilimitado dentro y fuera de la casa y hace a su titular responsable por toda la familia para con los terceros. Es ilimitado dentro de la familia. Tiene un poder exclusivo de vida y muerte en la que no tiene participación la jurisdicción ordinaria y cuyo ejercicio, tratándose de mayores o miembros adultos, se halla sujeto por el poder de la costumbre a la aprobación de un consejo de familia: la exposición de los recién nacidos se dejaba, en cambio, al arbitrio del jefe de familia de la casa por la sencilla razón de que era su voluntad omnimoda y no el hecho del nacimiento lo que hacía que el niño entrase a formar parte de la familia.

A la mujer se excluye de ejercer los derechos que el *Paterfamilias* si podía realizar sobre sus hijos, como puede ser el derecho de entregar a la potestad de otro a los sometidos a ella (*mancipium*) hasta el de venderlos en el extranjero (*trans Tiberim*) como esclavos.

Los poderíos del señorío doméstico son también ilimitados frente a terceros. El *Paterfamilias* tiene el derecho de reclamar con la misma acción *vindicatio* todo lo que pertenece a la casa, todo lo que se halla bajo su *manus* o su *potestas*, sea animado o inanimado, si otro se apodera de ello sin su voluntad.

La *manus* es una potestad organizada por el derecho civil, y propia de los ciudadanos romanos. Es igual a la potestad paterna, pero sólo puede ejercerse sobre una mujer casada. En un principio pertenece al marido; siendo este *alieni juris*, se ejercerá por el jefe de la familia; y por último, puede establecerse, a título temporal, en provecho de un tercero. Sólo existe en el matrimonio.

El matrimonio por sí solo no modifica la condición de la mujer. Queda así mismo que antes, tanto si está *sui juris*, como estando sometida a la autoridad paterna de su jefe de familia. Si quiere cambiar su condición y entrar en la familia civil del marido, podrá hacerlo por medio de la *manus*; pero siendo *alieni juris*, necesita el consentimiento del jefe de familia; o de sus tutores, siendo *sui juris*.

La *manus* según Gayo fue establecida de tres maneras:

Por el *usus*: es una especie de adquisición por el uso. La posesión de la mujer continuaba durante un año, daba al marido la *manus*, la que quisiera escapar tenía que interrumpir esta posesión pasando tres noches de cada año fuera del techo conyugal.

Por la *confarreatio*: reservada exclusivamente para los patricios, consistía en una ceremonia que acompañaba el matrimonio, y que tenía un carácter religioso. Delante del gran pontífice, el flamen Dialis y diez testigos, se pronunciaban solemnes palabras, ofreciéndose un pastel de harina a Júpiter *Farreus*.

Por la *coemptio*: es una aplicación derivada de la *mancipatio*, es una venta imaginaria de la mujer al marido, con asistencia del jefe de la familia si es *alieni juris*, o la *auctoritas* del tutor si es *sui juris*.

Efectos de la *manus*: La mujer *in manus* sale de su familia y entra en la familia civil, entra en la de su marido. Su situación es igual a la de una hija en potestad paterna si el marido es *sui juris*, y a la de una nieta estando el padre de su marido sometido a la potestad paterna, y adquiere los derechos de sucesión unidos a esta cualidad. Pero su patrimonio se absorbe en el del marido, y lo mismo que si fuera una hija de familia, ya no puede adquirir nada en propiedad.

Disolución de la *manus*: se extinguía al igual que la potestad paterna. La mujer, en caso de divorcio podía obligar al marido a romper la *manus*; si había sido establecida por *confarreatio* se necesitaba una ceremonia contraria llamada *diffarreatio* y en otros casos era precisa una manumisión especial.

MATRIMONIO SIN *MANUS*

Estos matrimonios carecían no sólo de una forma solemne para su celebración, sino también originariamente, de la virtud correctiva del *usus*.

Se perfeccionaba por el mero consentimiento y podían, por tanto, confundirse exteriormente con el concubinato, del que sólo los diferenciaba un factor interno: el *affectus*, la *affectio maritalis*, la intención de constituir una familia, de fundar una unión con la intención que se podía inferir de las circunstancias que rodeaban la unión y especialmente las de carácter económico, como era sobre todo el hecho de dotar a la mujer.

La distinción entre los matrimonios con *manus* y sin *manus* es esencial en cuanto a los poderes maritales, ya que la mujer, en los matrimonios con *manus*, cae personalmente y con todo su patrimonio bajo el poder del marido, se transforma en *mater familias* y sale de su familia anterior, mientras que tratándose de un matrimonio sin *manus* la mujer se mantiene libremente como dueña y señora de sus bienes o sigue sujeta a los vínculos de su familia primitiva.

La distinción es indiferente por lo que se refiere a las relaciones matrimoniales. En uno y otro caso, la mujer es la compañera del hombre.

LA DOTE

Es un principio fundamental el que las cargas del matrimonio y sostenimiento de la casa pesen sobre el marido. Para que también la mujer participe y contribuya a sostener la comunidad conyugal se creó la dote. "La dote en el antiguo Derecho romano no puede explicarse sin considerar las características del régimen familiar. Es necesario pensar que los bienes maternos salvo que la madre estuviera *in manus* no podía beneficiar a sus hijos por no existir entre ellos relaciones de parentesco agnaticio"⁴. La dote es el conjunto de bienes que el marido recibe por

⁴ CAMUS, E.F. *Curso de Derecho Romano*. Editorial La Habana. Tomo II, p. 124.

parte de la mujer, o de otra persona en su nombre para ayudarle a soportar las cargas del matrimonio. Pero también la dote contribuye en favor de la mujer misma, a quien en su día se le deberán restituir los bienes que la componen. El marido queda obligado, en efecto, salvo algunos casos excepcionales, a devolver a la mujer la sustancia de la dote, una vez disuelto el matrimonio, conservando únicamente, con carácter definitivo y como ayuda a los gastos familiares, las utilidades percibidas después del matrimonio. En el fondo, los bienes de la dote son propios de la mujer, perteneciendo al marido tan sólo en lo que el matrimonio dure.

Esta dote proviene casi siempre de los padres y la familia paterna de la mujer. Cuando proviene de la persona obligada a constituir la, se le denomina *dos profecticia* y cuando es constituida por personas distintas a las obligadas, como la propia mujer o la madre de ella se le denomina *adventicia*. Y si la persona constituyente - no siendo la mujer - se reserva, mediante una promesa estipulatoria, su restitución, una vez disuelto el matrimonio se le denomina *dos recepticia*.

La dote puede adoptar muchas formas en su constitución, puede consistir en primer lugar en un acto de disposición o adjudicación presente de los bienes dotales, ya sea en propiedad o en usufructo a favor del marido, por los medios de transmisión del dominio, contenido en el derecho civil o el derecho de gentes, que es la llamada *dotis datio*.

En segundo lugar puede consistir en estatuir una simple obligación, la cual podía contraerse; comprometiéndose el donante con el marido, en forma estipulatoria, a transferirle los bienes dotales o por medio de una promesa no formal, que es la modalidad que adopta la mujer, su deudor o su *paterfamilias*, que es la denominada *dictio dotis* que es un contrato verbis, integrada a la categoría de los contratos solemnes y se perfeccionaba mediante el cumplimiento de fórmulas sacramentales prescritas por la ley, que precisan la verdadera intención de las partes al obligarse. La costumbre es hacer la promesa después de los esponsales.

En tercer lugar, puede consistir en un convenio verbal, revestido de las solemnidades de la estipulación que originaba una obligación civil que podía ser exigida por acciones y a esta se le denominaba *promissio dotis*.

Una vez que el marido recibe la dote o se cumple la promesa dotal, éste adquiere el derecho de propiedad y libre disposición sobre las cosas materiales en ellas contenidas, cuando se le transfieran en dominio, con todas las acciones y facultades que este derecho encierra. Aunque, la dote sea formalmente propiedad del marido, de hecho pertenece a la mujer: es *res uxoriae*, razón por la cual la ley Julia de *Adulteriis*, del año 18 a.C., priva al marido del derecho de enajenar e hipotecar libremente los fundos itálicos incluidos en la dote. La esencia de la mujer no basta para convalidar la hipoteca, ni la enajenación, en el derecho justiniano. Las tierras itálicas deben volver a la mujer, en cuanto, al disolverse el matrimonio, se presume llamada a recibir la dote.

La mujer gozaba por derecho propio de una acción, sin necesidad de un contrato denominada *actio rei uxoriae*, que atribuía al juez el poder de decidir según su libre arbitrio acerca de la reclamación dotal. La idea fundamental que inspira tales normas es que la restitución de la dote, sea un derecho no patrimonial, sino una prerrogativa de carácter familiar, que debe atenerse a la conducta personal de las partes. De aquí se deduce en principio, que el derecho legal de la mujer a reclamar la devolución de la dote sea de naturaleza personalísima, es decir, intransmisible a los herederos, aun cuando ella muera después de disuelto el matrimonio. En lugar de este derecho legal de restitución, podía la mujer - cuando fuese *sui juris* - o un tercero obtener, mediante *estipulatio*, el derecho a reclamar la devolución de la dote. En este caso se daban dos acciones distintas para exigir la restitución: la primera nacida del contrato estipulatorio, *actio ex stipulatu*, y la segunda basada en el derecho familiar, *actio rei uxoriae*. La estipulatoria era *stricti juris*, rigiéndose por los principios del Derecho contractual que tendía a recobrar la sustancia de la dote, era siempre transmisible a los herederos del llamado a ejercerla y no admitía plazos legales ni exigencias de reparación de daños, ni derechos de retención. La segunda se adecuaba al régimen dotal, es decir, a los principios del Derecho de familia, esta no se concretaba a la restitución de la dote sino que, en ciertos casos, podía recaer sobre cosas en ella no incluidas. El Derecho justiniano pone fin a todo esto, porque obliga al marido a restituir la dote en todos los casos, salvo la excepción en la que la mujer sea culpable del divorcio. La *actio rei uxoriae* pasa a ser heredable, si se trata de dote *profecticia*, tiene preferencia el dotante, cuando sobreviva a la disolución del matrimonio. El derecho a obtener la restitución se convierte en un derecho patrimonial fijo y las prerrogativas dotales de carácter familiar se adecuan a los principios de la estipulación.

Si es la misma mujer, no sus herederos ni el votante quien ejercita la acción dotal, puede alegar la propiedad de las cosas dotales que subsistan en el patrimonio marital, concediéndosele así en garantía de su derecho personal de restitución, una hipoteca general y privilegiada de los bienes del marido.

Desaparece pues con todo esto la propiedad del marido sobre las cosas dotales, una vez disuelto el matrimonio y sobre sus bienes pesa siempre el deber de restitución y respecto a la mujer es suya aquella propiedad. Las normas que regulan la restitución de la dote hacen triunfar en el campo del derecho la idea de que esta solo pertenece formalmente al marido, pues en realidad es propia de la mujer, es de pertenencia suya, es *rex uxoria*, aunque se halle transitoriamente en manos del marido; es el mismo principio que inspirado en el derecho anterior las normas sobre la inalienabilidad e intangibilidad de los fondos dotales y sobre los deberes que se le imponían al marido respecto a la dote.

LA DONACIONES PROPTER NUPTIAS

El Derecho romano, declara nulas las donaciones del marido a su mujer, pero si reconoce con plena validez las hechas del novio a la novia. Es importante distinguir la diferencia entre *donationes ante nuptias* y las *donationes propter nuptias*.

En el Bajo-Imperio se le denominaba *donationes ante nuptias* a las que el novio u otra persona daba en nombre suyo a la prometida, para que el matrimonio se celebrase y en vista de las exigencias económicas de éste, el fin práctico concreto consistía en dotar al futuro matrimonio y asegurar la posición de la mujer en caso de divorcio. Si esta - sin culpa suya - se divorcia de su marido, el culpable ha de hacer efectiva la donación consignada. Era muy frecuente que lo que el marido entregaba en concepto de *donatio ante nuptias* le fuese devuelto por su mujer a modo de dote, con lo cual las donaciones nupciales del novio venían a ser, simplemente, una manera de dotar a su prometida, una cantidad de bienes que pasaban a ser suyos propios al disolverse el matrimonio.

RELACION CON LOS HIJOS. PATRIA POTESTAD

La doctrina romana define la patria potestad, como el poder del jefe de la familia civil sobre sus descendientes, procreados en matrimonio legítimo. El hecho de que la doctrina romana la concibiera como una institución de derecho civil hacía el ejercicio de ese derecho privativo a los ciudadanos varones y la idea de una materna potestad jamás fue tomada en consideración por los juristas.

El ejercicio de la patria potestad correspondía a quien era jefe de familia de tal modo que en los casos de la existencia del abuelo o de cualquier otros ascendientes paternos vivos, los hijos y los nietos correspondientes estaban bajo su patria potestad. En el caso de una familia integrada por abuelo, hijo y nieto; era el abuelo a quien le correspondía ejercer la patria potestad y sólo al morir este o al perder su capacidad, el padre adquiría el ejercicio de ese derecho sobre su hijo y en el caso del fallecimiento tanto del abuelo como del hijo, el nieto vivo obtenía autonomía y derechos familiares “mientras hubiese un ascendiente vivo y capaz por vía masculina, a este es a quien correspondía la patria potestad. Sólo adquirirían los hijos de familia, autonomía y derechos familiares, cuando no existían otros ascendientes superiores a ellos en la familia”⁵.

La ley confiere al marido el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos procreados dentro del legítimo matrimonio, bajo la presunción jurídica de que los hijos nacidos durante el matrimonio son del marido y tal presunción se encuentra sujeta en Derecho Romano a dos limitaciones: la primera que solo considera procreado dentro del matrimonio al hijo que nazca después de los 182 días de contraído aquel y antes de los 300 de su disolución; la segunda se trata de una simple presunción jurídica, cuyo objeto es únicamente facilitar la prueba y por ello admite demostración contraria.

Los hijos nacidos fuera del matrimonio e incluyendo los de concubinas, no entran en la patria potestad de su progenitor. Jurídicamente, sólo se hallan unidos en parentesco a la madre, careciendo de padre; aunque sin embargo pueden llegarse a equiparar a los nacidos dentro del matrimonio mediante la legitimación. Las relaciones de los *filii familias* y *el pater familias* están definidas por derechos perpetuos, duros e inflexibles, ejercidos sobre las personas sometidas a la institución y don-

⁵ CAMUS, E.F. *Curso de Derecho Romano*. Editorial La Habana. Tomo II, p. 95.

de las prerrogativas y los beneficios eran privativos a los jefes, dada la directa relación existente entre la patria potestad y la institución familiar.

La patria potestad se caracteriza porque no es modificable en razón de la edad o por el matrimonio de los hijos; solo es privilegio del jefe de familia, aunque este no sea siempre quien la ejerza ya que el abuelo paterno la conservaba mientras vivía y por último, no pertenece nunca a la madre. “Este derecho consiste, durante la época caracterizada por la primacía del derecho formal y estricto, en el reconocimiento pleno o absolutos del *pater familias*. El Estado estaba impedido de intervenir en los asuntos familiares y era el *pater familias*, quien entonces ejercitaba dicho derecho, resolviendo todas las situaciones que se presentaban al grupo familiar”⁶.

El menor sometido a la patria potestad, que contrae matrimonio, que ha cumplido con las previsiones legales y que ha obtenido el consentimiento del padre, queda emancipado de pleno derecho, quedando excluido de la patria potestad; así como también el que haya obtenido la mayoría de edad.

“Las hijas, sin embargo, al salir del poder paterno, recaían luego en la tutela de los *agnados*, y de ella no escapaban hasta que no iban en fin a las duras manos del marido”⁷. El matrimonio surtía para ellas los efectos civiles de la adopción, debe saberse que sufrían la disminución mínima de cabeza, mudaban de familia, perdían todo derecho en la de su padre y salían de su potestad para entrar bajo el poder de *la manus*.

Por esto la mujer casada se consideraba como hija adoptiva del marido, y se tenía el poder de *la manus* como una derivación de la potestad paterna. Por lo cual “La mujer llevada a la mano por convención y en potestad de su marido, quedaba en su poder como los hijos de familia”⁸.

⁶ ABOUHAMAD HOBAICA, Chibly. *Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano I*. Editorial Sucre, C.A. año 1972. Tomo I, p. 368.

⁷ La Agnación es el parentesco contemplado como legal por el derecho civil, que se funda en la autoridad del *Pater Familiae*. Véase en la obra de Gerardo Ontiveros Paolini. *Derecho Romano I y II*. Marga editores, S.R.L., 1994, p. 62.

⁸ MANZANARES, José del C. *Libertad de la Mujer por el Cristianismo*. Imprenta de la librería de A. Bethencourt e Hijos, p. 75.

El marido por lo tanto, castigaba y juzgaba a la esposa como a sus demás domésticos, le daba tutor para después de su muerte, como el padre a los hijos pequeños y se hacía dueño y señor de cuanto ella llevaba al matrimonio, o le venía luego por donación entre vivos, por testamento o de cualquiera otra manera.

Para la época Romana la mujer no era más que una víctima de la familia. El sensualismo y la voluptuosidad eran los mas crueles ministros del poder tiránico que la esclavizaba. Estaba en sujeción y dependencia por toda la vida.

La revolución cristiana la igualó ante la ley civil y le devolvió sus derechos olvidados por tanto tiempo. Dejó probado, claro y fuera de toda duda, que la hija y la esposa eran esclavas en la familia, y que la abolición del despotismo paterno y marital, la emancipación social y civil de la mujer, y la proclamación solemne de sus derechos en los códigos romanos, son glorias preciadas del Cristianismo.

EL MATRIMONIO

José Antonio Torrealba Ramírez

ESQUEMA GENERAL

Introducción:

Sir Tomás Moro, la importancia de la familia y la conservación del matrimonio

Desarrollo:

I.- El Matrimonio. Concepto.

II.- Breve referencia histórica.

III. Importancia y fines del matrimonio.

IV.- Sus características en el Derecho Romano, en el Canónico, en el Civil o Moderno.

V.- Naturaleza jurídica del matrimonio. Análisis crítico con referencia al Catecismo de la Iglesia Católica.

VII.- Consecuencias jurídicas de la ruptura de la promesa matrimonial.

VIII. Requisitos necesarios para contraer Matrimonio.

IX.- Formalidades del Matrimonio.

X.- Nulidad y Anulidad del Matrimonio.

XI.- Efectos generales del matrimonio en cuanto a los cónyuges.

XII.- Relaciones patrimoniales de los cónyuges.

XIII.- Régimen legal supletorio.

Conclusión

INTRODUCCIÓN

Me parece importante tocar el tema Sir Tomas Moro, antes de entrar a analizar la institución del matrimonio con el fin de hablar de uno de los más grandes defensores de la importancia de la familia como célula fundamental de la sociedad y la conservación del matrimonio, para que así, podamos tener una visión más global del tema, y observar su importancia para la conformación de la sociedad actual.

Santo Tomas Moro (1478-1535), fue un jurista, político y escritor inglés, conocido por su postura religiosa contraria a la del rey Enrique VIII (por culpa de este rey surge la Iglesia Anglicana en Inglaterra), que le costó la vida.

EL MATRIMONIO

Moro nació en Londres el 7 de febrero de 1478 y se formó en la Universidad de Oxford. Estudió Derecho después de dejar Oxford, pero su interés se centró en la ciencia, la teología y la literatura. Durante su adolescencia escribió comedias y dedicó mucho tiempo al estudio de la literatura griega y latina. En 1499 decidió hacerse monje y se sometió a la disciplina de los cartujos. Cuatro años más tarde, Moro abandonó esta idea y en 1504 ingresó en el Parlamento. Una de sus primeras actuaciones fue la de requerir una disminución en la asignación propuesta para el Rey Enrique VII. En venganza, el Rey encarceló al padre de Moro y no lo liberó hasta que se pagó una fianza, y el propio Moro se retiró de la vida pública. Después de la muerte del Rey, en 1509, Moro volvió a la actividad pública. En 1510 fue nombrado representante de la Corona en Londres.

Durante la siguiente década, Moro atrajo la atención del Rey Enrique VIII y llevó a cabo frecuentes misiones diplomáticas en los Países Bajos. En 1518, llegó a ser miembro del Consejo Privado; en 1521 le fue concedido el título de Sir. Dos años después, Moro fue designado presidente de la Cámara de los Comunes. Durante este período Enrique VIII convirtió a Moro en uno de sus favoritos y con frecuencia requirió su compañía para mantener con él conversaciones filosóficas. Moro pasó a ser presidente de la Cámara de los Lores en 1529; fue el primer seglar que ostentó ese cargo. Sin embargo, su suerte cambió cuando se negó a apoyar la petición de Enrique VIII para divorciarse de Catalina de Aragón para casarse con Ana Bolena, para así poder ver si por fin tendría un heredero varón de la corona. Los escrúpulos religiosos de Moro hicieron que se negara a sancionar cualquier tipo de desafío a la autoridad papal. Renunció a su cargo en 1532 y se retiró de la vida pública. El Rey se ofendió por la actitud de su antiguo amigo y le mandó encarcelar en 1534. Moro fue juzgado al año siguiente; se negó a prestar juramento de supremacía, afirmando que el Parlamento no tenía derecho a usurpar la autoridad papal a favor del Rey y además se basó, para defenderse, en el Derecho Común (*Droit común*), “*qui tacet, consentire videtur*”, que en términos estrictamente jurídicos su silencio más podía parecer afirmación de leyes que no menosprecio o que el silencio calla pero no otorga. Moro fue condenado por su postura y fue decapitado el 7 de julio de 1535. En 1935 fue canonizado por la Iglesia Católica.

A Moro se le conoce sobre todo por su libro *Utopía* (1516), un relato satírico sobre la vida en una isla de ficción llamada así. En esta

isla, los intereses de los individuos se encuentran subordinados a los de la sociedad como conjunto, todos sus habitantes deben desempeñar un trabajo, se practica la enseñanza universal y la tolerancia religiosa y la tierra pertenece a todos. Estas condiciones son comparadas con las de la sociedad inglesa, con una sustancial desventaja para esta última. Utopía fue la precursora de una serie de obras similares.

Además “Moro es a los ojos de los hombres lo que fue en sus días a los ojos de sus contemporáneos. Un excelso humanista, un juez recto y prestigioso, embajador, consejero y canciller eximio de Inglaterra, el mejor de los amigos y modelo de padre y esposo. Y es también, ante nosotros, lo que predicó la posteridad: un mártir, y lo que barruntaron quienes lo conocieron: un santo. El ejemplo de canciller y humanista inglés esta tan cerca de nosotros ahora como entonces”¹.

“Es también el patrono silencioso de Inglaterra, que derramó su sangre en defensa de la unidad de la Iglesia y del poder espiritual del vicario de Cristo”².

Me parece importante citar una frase de Santo Tomás Moro por su mensaje sobre que nunca se debe abandonar nada en la vida, así se vaya en contra de la corriente. Pero si uno sabe que esa corriente, que es la mayoría, esta errada porque a perdido sus principios básicos morales, éticos y religiosos, entonces en nuestro deber guiarla mas no abandonarla para que se encuentre con su cause de nuevo.

“Cuando sobreviene una tempestad y resulta imposible gobernar los vientos, no por ello debe abandonarse el barco”³.

Sir Tomás Moro, radica su importancia en la defensa de la institución matrimonial y su indisolubilidad, ya que para él, el matrimonio significaba una alianza indisoluble la cual Dios instituyó. Además es importante resaltar como Moro en aquella época ya sabía de la importancia del matrimonio y la familia para el desarrollo de la sociedad por eso fue que lucho con argumentos y hechos, más no con la fuerza bruta sino

¹ DE PRADA, Andrés Vázquez. *Sir Tomas Moro*, ediciones RIALP, 3ed, pag. 13

² DE PRADA, Andrés Vázquez. *Idem*, pag. 16

³ DE PRADA, Andrés Vázquez. *Idem*, pag. 214

con la razón. Esto nos hace ver como Moro tenía razón al defender el matrimonio y la familia, porque hoy en día sabemos que la familia es la célula o núcleo fundamental de la sociedad.

Sir Tomas Moro, defendió la importancia de la familia y la conservación del matrimonio, dando la vida por ello, ya que sabía que de ello dependía la organización de la sociedad, para que así existiese una familia bien conformada con base en un matrimonio perfectamente unificado, ya que de ello depende también la conformación de modelos adecuados, para las subsiguientes generaciones.

EL MATRIMONIO

“El matrimonio es la institución fundamental del Derecho de Familia, ya que es la base de la familia. Esta circunstancia hace que el matrimonio sea el eje de todo el sistema jurídico familiar. Pese a los embates de ciertas doctrinas y costumbres sociales, el matrimonio sigue siendo la forma fundamental y más perfecta de constituir familia, base de la sociedad. Por eso la importancia del matrimonio trasciende el campo social. No puede progresar el Estado que descuida su política familiar; no puede lograrse una sólida organización familiar si se descuida la forma más perfecta de constituirse que es el matrimonio. En efecto, como la familia es la célula fundamental de la sociedad y el matrimonio es el fundamento de aquélla, es indudable que, de la sólida estructuración de este último, dependerá la cohesión y robustez del organismo social”⁴.

1. Etimología

Es opinión corriente derivar la palabra castellana matrimonio, por conducto de la latina matrimonium, de las voces *matri munium*, que significa carga, gravamen de la madre. Los Decrétales de Gregorio IX, comentando esta derivación, dicen: Para la madre el niño es, antes del parto, oneroso; en el parto, doloroso, y después del parto, gravoso. Tal origen, por otra parte poco seguro, se presta a interpretaciones equivocadas. En efecto, el matrimonio no es, como puede interpretarse con sujeción a esta etimología, una carga para la mujer; por el contrario, aligera la que naturalmente le corresponde, en razón de sus funciones maternas.

⁴ AVELEDO DE LUIGI, Grisanti Isabel. *Lecciones de Derecho de Familia*, editores vadell hermano, 7ªed, pag. 87

De acuerdo a otra versión, la más aceptada, al menos desde el punto de vista sociológico, la palabra matrimonio deriva de la frase *matrem muniens*, que significa defensa, protección de la madre. Tiene el matrimonio por función, garantizar el cumplimiento de los deberes del hombre, hacia la madre de sus hijos.

2. Acepciones

La palabra matrimonio puede tomarse en el sentido de vínculo o estado conyugal y también en el sentido de acto por el cual se origina y constituye esa relación, el vínculo matrimonial.

3. Definiciones

1. Para definir el matrimonio como vínculo se proponen fórmulas diferentes.
 - a) En sentido jurídico-formal, se pone el acento en la nota de legalidad y se define el matrimonio como el estado de dos personas de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley.
 - b) Las definiciones de carácter sociológico destacan la nota de permanencia del matrimonio. “El matrimonio es una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer que se prolonga más allá del acto de la reproducción y hasta después del nacimiento de la prole.”
 - c) Las definiciones teleológicas giran alrededor del fin del matrimonio. Las mejores atienden a la finalidad físico-espiritual e integral. Kipp y Wolff definen el matrimonio como “la unión del hombre y de la mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida”.
 - d) Si coordinamos las definiciones anteriores, podremos lograr una mixta en la cual se destaquen la legalidad y la permanencia como notas características del matrimonio y , además, su finalidad integral. Así diríamos que el matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer para establecer entre ellos una plena y perpetua comunidad de vida.

- B. Como acto, puede definirse el matrimonio como el acto solemne mediante el cual un hombre y una mujer constituyen entre sí una unión legal que establece entre ellos una plena y perpetua comunidad de vida.

II. BREVE REFERENCIA HISTORICA

En la evolución histórica del matrimonio, referida al mundo occidental y desde el punto de vista jurídico, pueden distinguirse las siguientes etapas:

La unión de los esposos es un simple hecho no regulado por el derecho, pero el cual se atribuyen efectos jurídicos.

Existió en India, Grecia, Roma. Perduró hasta el afianzamiento del cristianismo y el advenimiento del Derecho Canónico.

“Ha aparecido el matrimonio considerado en esta forma en ciertas oportunidades recientes: En el Unión Soviética (1917-1944), el régimen comunista estableció el matrimonio y el divorcio de hecho, es decir, el amor libre. Desastrosas han debido ser las consecuencias de esta brutal degradación del matrimonio, cuando el propio régimen dio marcha atrás. Primero se exigió la inscripción del matrimonio y del divorcio, más tarde las nupcias formales y el divorcio declarado Judicialmente. Finalmente, el Estado interviene activamente para evitar la disolución de las uniones”⁵.

Esta etapa perduró hasta el afianzamiento del cristianismo y el advenimiento del Derecho Canónico.

El matrimonio en el Derecho Canónico. Esta etapa abarca desde el siglo X hasta el XVI. En este período se reconoció a la Iglesia la competencia exclusiva en materia matrimonial. El Derecho Canónico reguló los requisitos para contraer matrimonio, su celebración, sus efectos, y, en general, toda esta materia.

El cristianismo emprendió la tarea de dignificar el matrimonio. Ante todo, le dio carácter sacramental lo que determinó su indisolubili-

⁵AVELEDO DE LUIGI, Grisanti Isabel. *Lecciones de Derecho de Familia*, editores vadell hermano, 7ªed, pag. 89

luntad de los esposos. Dignificó a la mujer, elevándola a la condición de compañera y ordenándole a los maridos guardarles fidelidad y amarlas “como Cristo amó a su Iglesia”.

El matrimonio en la etapa de la formación de los grandes Estados modernos. En este período, por una parte, empieza la Iglesia a perder su poder temporal y, por la otra, el Estado comienza a alegar su derecho a intervenir en la regulación de la materia matrimonial, pues si bien no se discute que el matrimonio es un sacramento y, como tal, competencia de la Iglesia, también es un contrato y, como tal, interesa al Estado. Siglo XVI a finales, siglo XVII y comienzos del XVIII.

Por último, encontramos la etapa del matrimonio civil obligatorio. En este período la regulación del matrimonio se convierte en materia de la competencia exclusiva del Estado. Comienza con la Revolución Francesa. La Constitución de 1791 en su artículo 7, Título T, estableció: “La ley únicamente considera al matrimonio como contrato civil”.

Esta nueva concepción se extendió luego por Europa y América. Sin embargo, la situación no es uniforme en todas las legislaciones occidentales. En ellas encontramos diferentes sistemas: Unas, las más numerosas, adoptan el sistema del matrimonio civil obligatorio (Venezuela); otras permiten la celebración del matrimonio según la forma religiosa o civil (EE.UU., Haití); otras dan preeminencia al matrimonio religioso y autorizan el civil para los que no profesan la religión oficial (Costa Rica, Colombia, España, Perú) y otras sólo reconocen efectos jurídicos al matrimonio religioso (Grecia).

III. IMPORTANCIA Y FINES DEL MATRIMONIO

Aún en nuestros tiempos, es perfectamente válida la frase de Cicerón según la cual el matrimonio es principium urbis et quasi seminarium rei publicae.

“La importancia del matrimonio deriva de su condición de fundamento de la familia, por lo que se le considera como la institución básica del Derecho de Familia”⁶.

⁶AVELEDO DE LUIGI, Grisanti Isabel. *Lecciones de Derecho de Familia*, editores vadedell hermano, 7^{ed}, pag. 91

EL MATRIMONIO

Como quiera que el matrimonio es la base de la familia y ésta, a su vez, base de la sociedad, la relevancia social del matrimonio es indiscutible.

Para señalar los fines del matrimonio son diversas las fórmulas propuestas.

La concepción social del matrimonio llamada también transpersonalista, afirma que el fin del matrimonio es la reproducción o procreación, la conservación de la especie.

La concepción individualista del matrimonio, por su parte, sostiene que el fin del matrimonio es el mutuo auxilio, el complemento entre los cónyuges.

El autor español Sánchez Román distingue entre el fin próximo del matrimonio, que es la constitución de una comunidad de vida plena y perfecta entre dos individuos de sexo diferente, y el fin remoto que es la conservación de la especie humana.

El Código Canónico, por su parte, señala como fines primarios la conservación de la especie y la educación de la prole y, como fines secundarios, el mutuo auxilio entre los cónyuges y el remedio a la concupiscencia.

IV. CARACTERÍSTICAS DEL MATRIMONIO

A. "En el Derecho Romano El matrimonio en el Derecho Romano sufrió una constante evolución, de suerte que el matrimonio justiniano es muy diferente al matrimonio clásico romano. Sin embargo, mantuvo ciertos caracteres generales"⁷.

El matrimonio sólo era posible entre ciudadanos romanos, la unión de libres con esclavos o de éstos entre sí, se llamó contubernio.

El matrimonio en el Derecho Romano era un hecho al que se reconocían efectos jurídicos.

⁷AVELEDO DE LUIGI, Grisanti Isabel. *Lecciones de Derecho de Familia*, editores vadell hermano, 7^{ed}, pag. 91

Se perfeccionaba el matrimonio mediante la concurrencia de dos elementos: uno material o físico, la *coniunctio*, que consistía en la unión del hombre y la mujer y que se ponía de manifiesto mediante la *deductio mulieris in domum mariti* y otro, psíquico o espiritual, la *affectio maritalis*, que consistía en la voluntad de tenerse y de quererse como cónyuges. Era característica de esta voluntad que debía existir entre el hombre y la mujer, que no era un acto volitivo único e inicial, sino que debía renovarse de momento en momento para darle vida al elemento material o físico.

Los dos elementos del matrimonio romano eran necesarios y suficientes. Necesarios, porque para que se perfeccionara el matrimonio debían concurrir ambos elementos. Suficientes, porque desde que se daban los dos elementos se perfeccionaba el matrimonio, sin que fuera necesario ceremonias especiales, intervenciones de funcionarios especiales ni ningún otro requisito.

El matrimonio romano era perpetuo y disoluble. Aparentemente existe contradicción entre estos dos caracteres del matrimonio romano. Sin embargo, los romanos resolvían el problema estableciendo que la perpetuidad del matrimonio era ideal al sentido de que, cuando se perfeccionaba el matrimonio por la concurrencia de los dos elementos constitutivos, había que pensar que los esposos tenían intención de quererse y tenerse como tales a perpetuidad. No existía en Roma el matrimonio a término o bajo condición. La disolubilidad del matrimonio en el Derecho Romano era consecuencia de la incoercibilidad de la *affectio maritalis*. En efecto, la *affectio maritalis*, como acto de voluntad, era incoercible. Por ser incoercible, por no poderse lograr su cumplimiento forzoso, podía faltar y, al faltar, se disolvía al matrimonio.

En el Derecho Romano se distinguían dos tipos de matrimonio; el *cum manus*, en el cual la esposa pasaba a estar bajo la autoridad del marido o del pater familia de éste, y el *sine manus*, en el cual la mujer permanecía bajo la potestad de su pater familia.

B. En el Derecho Canónico Las dos características más importantes del matrimonio canónico son la unidad y la indisolubilidad. Unidad, porque sólo es posible el matrimonio entre un hombre y una mujer. Indisolubilidad, porque no puede disolverse durante la vida de los cónyuges. Sólo se disuelve por la muerte. La indisolubilidad supone la imposibilidad de

destruir el vínculo matrimonial por una causa diferente a la muerte de los cónyuges.

La influencia del Derecho Canónico comenzó, aunque tímidamente, en el siglo IX. Se hizo más importante en el siglo XIII con la reunión del Concilio de Letrán y, sobre todo, con la celebración del Concilio de Trento entre 1452 y 1563. Este Concilio divide al Derecho Canónico de Trento entre 1452 y 1563. Este Concilio divide al derecho Canónico en dos periodos: el antiguo o pretridentino y el moderno o postridentino. A partir del Concilio de Trento la observancia de sus normas se hizo obligatoria.

El matrimonio en el derecho Canónico es un acto al mismo tiempo religioso y jurídico. Es un contrato consensual en el derecho canónico antiguo y solemne a partir del Concilio de Trento. Es un Contrato elevado por Jesucristo a la dignidad de sacramento y, por ello, indisoluble. Representa la unión de Cristo con la Iglesia y, como ésta, es indisoluble.

C. En el Derecho Civil Moderno Los caracteres del matrimonio en el Derecho Civil moderno son, entre otros, los siguientes:

Unidad, porque sólo es posible el matrimonio entre un hombre y una mujer.

Perpetuidad, porque cuando dos personas se casan lo hacen con el propósito de que la unión sea para toda la vida y, aunque después se divorcien, siempre hay en el matrimonio un connatural sentido de permanencia. El consentimiento matrimonial ha de ser puro y simple. No puede darse sometiéndolo a un término o a condición.

Laicismo, porque sólo el matrimonio civil produce efectos jurídicos.

Solemnidad, porque para que se perfeccione el matrimonio debe cumplirse una serie de formalidades previstas en la ley.

Consentimiento, porque el acuerdo entre los contrayentes para tomarse como marido y mujer es uno de los supuestos del matrimonio.

Intervención del Estado a través del funcionario público competente, que debe declarar la formación del vínculo después de que los contrayentes han manifestado sus consentimientos.

V. NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio existen en doctrina distintas opiniones:

A. "Teoría contractualista" Esta teoría fue sostenida por los canonistas y por los civilistas de los siglos XVIII y XIX, Según esta posición, el matrimonio es un contrato; su naturaleza jurídica es contractual. El matrimonio es un contrato porque el contrato es el acuerdo de voluntades entre las partes para crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas y en el matrimonio el acuerdo entre las partes (contrayentes) se produce para crear un vínculo jurídico: el vínculo jurídico matrimonial. Como en todos los contratos, en el matrimonio es necesario y suficiente el consentimiento inicial⁸.

B. Teoría que sostiene que el matrimonio es un negocio jurídico complejo Sostenida entre otros y principalmente por Roberto Ruggiero, esta posición afirma que el matrimonio es un negocio jurídico complejo, perfeccionado mediante el concurso de la voluntad de los particulares (representado por el consentimiento de los contrayentes) y del Estado (a través del funcionario público competente).⁹

El matrimonio, de acuerdo a esta opinión, no es un acto meramente privado y eso lo demuestra la ineficacia del acuerdo de los contrayentes para crear el vínculo matrimonial. No es tampoco un acto público y esto lo comprueba la necesidad de que concurra la manifestación del acuerdo de los contrayentes con la declaración del funcionario público competente representante del Estado.

C. Otra opinión doctrinal afirma que la naturaleza jurídica del matrimonio se puede considerar desde dos ángulos En el momento

⁸ AVELEDO DE LUIGI, Grisanti Isabel. *Lecciones de Derecho de Familia*, editores vadell hermano, 7ªed, pag. 94

⁹ RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de la cuarta edición italiana. Instituto Editorial Rens. Madrid.

de su celebración es un negocio jurídico y como fuente de estado familiar o situación legal objetiva, es una institución.

D. El matrimonio es un contrato institucionalizado, afirman los canonistas modernos y, podría decirse, que también eminentes civilistas de nuestros días, como el autor español Manuel Albadalejo.

Catecismo de la Iglesia Católica

Según el Catecismo de la Iglesia Católica el matrimonio es considerado un Sacramento.

Artículo 7. El Sacramento del Matrimonio

1601 “La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.”

El Matrimonio en el plan de Dios

1602 La Sagrada Escritura se abre con el relato de la creación del hombre y de la mujer a imagen y semejanza de Dios y se cierra con la visión de la “bodas del Cordero”.(Ap. 19,7,9) La Escritura habla del matrimonio y de su “misterio”, de su institución y del sentido que Dios le dio. De su origen y de su fin, de sus realizaciones diversas a lo largo de la historia de la salvación, de sus dificultades nacidas del pecado y de su renovación “en el señor” (1Co 7,39), todo ello en la perspectiva de la Nueva Alianza de Cristo y de la Iglesia.

El matrimonio en el orden de la creación

1603 “La íntima comunidad de vida y amor conyugal, fundada por el Creador y provista de leyes propias, se establece sobre la alianza del matrimonio... un vínculo sagrado... no depende del arbitrio humano. El mismo Dios es el autor del matrimonio”. La vocación del matrimonio se inscribe en la naturaleza misma del hombre y de la mujer, según salieron de la mano del Creador. El matrimonio no es una institución puramente

humana a pesar de las numerosas variaciones que ha podido sufrir a lo largo de los siglos en las diferentes culturas, estructuras sociales y actitudes espirituales. Estas diversidades no deben hacer olvidar sus rasgos comunes y permanentes. A pesar de que la dignidad de esta institución no se trasluzca siempre con la misma claridad, existe en todas las culturas un cierto sentido de la grandeza de la unión matrimonial. “La salvación de la persona y de la sociedad humana y cristiana está estrechamente ligada a la prosperidad de la comunidad conyugal y familiar”.

VI. LOS ESPONSALES: EFECTOS

Previamente a la celebración del matrimonio, los futuros contrayentes pueden prometerse en matrimonio. La promesa recíproca de futuro matrimonio recibe el nombre de esponsales. Esta figura, que históricamente tuvo gran importancia y se celebró frecuentemente en la práctica, hoy se halla caída en desuso.

Los esponsales, pues, consisten en la promesa recíproca de futuro matrimonio, que intercambian un hombre y una mujer. También pueden definirse los esponsales como la promesa de futuro matrimonio, hecha y aceptada recíprocamente entre un hombre y una mujer.

La palabra castellana esponsales proviene del término latino *sonsalia*, y ésta deriva del verbo *spondere*, que significa prometer.

2. Efectos de los esponsales: Nuestro Código le niega toda eficacia a los esponsales, tanto en orden a obligar a contraer el matrimonio prometido, como en orden a cumplir la prestación que se hubiere estipulado para el caso de inexecución de la promesa.

El artículo 41 del Código Civil dice, textualmente: “La promesa recíproca del futuro matrimonio no engendra la obligación legal de contraerlo, ni de cumplir la prestación que haya sido estipulada para el caso de inexecución de la promesa”

La finalidad que se persigue con esta ineficacia de los esponsales es evitar cualquier tipo de coacción sobre la voluntad de contraer matrimonio. Dada la trascendencia del matrimonio, la ley procura asegurar, por todos los medios a su alcance, la libertad del consentimiento, evitando cualquier coacción que pueda disminuirla o modificarla.

El legislador evita la coacción directa, al establecer que los esponsales no crean la obligación jurídica de contraer el matrimonio prometido, y evita la coacción indirecta, al preceptuar que los esponsales no obligan a cumplir con la prestación que se hubiera estipulado para el caso de inejecución de la promesa.

VII. CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA RUPTURA DE LA PROMESA MATRIMONIAL

La ruptura de la promesa matrimonial, por sí misma, no produce ningún efecto jurídico directo. Genera uno accesorio: la ruptura de la promesa matrimonial deja sin efecto todas las donaciones que con ocasión del matrimonio hubiere hecho un novio a otro o un tercero a cualquiera de los futuros contrayentes o a ambos. La ruptura, por sí sola, no engendra ninguna consecuencia jurídica.

Acción que engendra la ruptura injustificada de la promesa matrimonial.-

Cuando uno de los prometidos rehúse, sin justa causa, el cumplimiento de la promesa matrimonial, es decir, cuando se produzca la ruptura de la promesa matrimonial, sin justa causa, el novio incumplidor debe resarcir al otro los gastos que éste hubiere hecho por causa del prometido matrimonio. En consecuencia, la acción que engendra la ruptura injustificada de promesa de futuro matrimonio es una acción para demandar indemnización por los gastos hechos por causa del prometido matrimonio que la ley reconoce, al novio inocente, contra el novio incumplidor.

A.- Condiciones para el ejercicio de esta acción.- El titular de esta acción es el novio inocente. Como no es una acción de naturaleza estrictamente personal, puede ser ejercida por los acreedores del titular, mediante la acción oblicua.

Para ejercerla deben reunirse los requisitos siguientes:

- 1) Que los esponsales hayan sido celebrados por personas capaces.
- 2) Que los esponsales consten de documento público o de los carteles esponsalicios previstos por el legislador para dar publicidad a la manifestación esponsalicia.

- 3) Que los esponsales, la promesa matrimonial, haya sido rota sin justa causa.
- 4) Es necesario acompañar la demanda con el documento público o los carteles donde conste los esponsales. La no presentación de estos recaudos junto con la demanda, constituye una excepción de inadmisibilidad.

B.- Caducidad de la acción. - la acción para reclamar indemnización por los gastos hechos con ocasión del prometido matrimonio, en caso de ruptura injustificada de la promesa matrimonial, que la ley acuerda al novio inocente, debe ser intentada en un lapso de dos años contados a partir de la fecha en que fue exigible el cumplimiento de la promesa. Si no se ejerce en el preindicado lapso, la acción caduca y, en consecuencia, no podrá proponerse en el futuro.

Para determinar cuál es el día en que fue exigible el cumplimiento de la promesa matrimonial y, por tanto, a partir del cual debe contarse el lapso de caducidad de la acción, debe distinguirse:

- a) Si los esponsales constan en documento público, lo corriente es que en el mismo documento se establezca la fecha del matrimonio. Si no se estableciere, por analogía, se aplica la disposición contenida en el artículo 1.212 del Código Civil, de acuerdo con lo cual, cuando las partes no hubieran establecido plazo y la naturaleza de la obligación haga necesario la fijación de uno, se fijará por el tribunal.
- b) Si los esponsales constan en los carteles previstos por el legislador para dar publicidad a la manifestación esponsalicia, los dos años se contarán a partir del vencimiento del lapso de eficacia de tales carteles, que es de seis meses, contados a partir de la fecha de la manifestación esponsalicia.

VIII. REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

El matrimonio es la institución básica del Derecho de Familia, es el eje del sistema jurídico familiar. La gran relevancia que tiene el matrimonio en el aspecto moral, social y jurídico genera la necesidad de que la

ley fije, de modo preciso, con toda rigidez, los requisitos que deben cumplirse para su perfeccionamiento. Sin embargo, a pesar de ser el matrimonio una institución de orden público, indiscutiblemente, la violación de los requisitos necesarios para contraerlo, no siempre produce nulidad, como sucedería si se aplicara una estricta lógica jurídica. En materia matrimonial ocurre que la nulidad es una sanción excepcional; consideraciones de orden moral, social y práctico han sido tomadas en cuenta para atenuar la aplicación rigurosa de los principios.

Basándonos en la clasificación del doctor Francisco López Herrera en su obra "Derecho de Familia", los requisitos para contraer matrimonio en Venezuela son:

1.- "Carácter y naturaleza: Los requisitos para contraer matrimonio se clasifican en requisitos de forma y requisitos de fondo. Los requisitos de forma se relacionan con la celebración de matrimonio. Los de fondo, son todos aquellos exigidos por el legislador y que no se refieren a las formalidades que deben cumplirse previamente a la celebración del matrimonio o durante ella."¹⁰

2.- Los requisitos de fondo para contraer matrimonio son los siguientes:

- A) Supuestos o elementos esenciales.
 - a) Diversidad de sexos.
 - b) Consentimiento.
 - c) Presencia de un funcionario público competente.
- B) Capacidad matrimonial
- C) Ausencia de impedimentos.
- A.- Supuestos o elementos esenciales.

¹⁰ LÓPEZ HERRERA, Francisco. *Anotaciones sobre Derecho de Familia*. Universidad Católica Andrés Bello. Manuales de Derecho, Caracas, 1970.

Ellos son la diversidad de sexos, el consentimiento matrimonial y la presencia de un funcionario público competente.

a) *Diversidad de sexos:* Sólo pueden contraer matrimonio un hombre y una mujer, dos personas de sexo diferente: es una condición natural ineludible. El matrimonio celebrado entre dos personas del mismo sexo queda viciado de nulidad absoluta. Igual ocurre con el matrimonio del asexual (persona sin sexo) porque éste, al no tener sexo, no tiene persona de sexo apuesto.

b) *Consentimiento matrimonial:* es el acuerdo entre los contrayentes de tomarse recíprocamente por marido y mujer. Es un consentimiento inicial y en esto se asemeja al consentimiento en el matrimonio canónico y difiere de la *affectio maritalis* del matrimonio romano.

a) *Condiciones.* - Para que exista consentimiento matrimonial es necesario que sea expreso, puro y simple y serio.

b) *Vicios del consentimiento matrimonial.* - Puede ocurrir que, reputándose existente el consentimiento matrimonial, porque la manifestación de voluntad reúna las condiciones de ser expresa, pura y simple y seria, esté, sin embargo, el consentimiento viciado. Los vicios del consentimiento matrimonial son el error y la violencia.

a) *El error como vicio del consentimiento matrimonial.* - El legislador se plantea un dilema: aceptarlo por necesidad lógica como vicio del consentimiento matrimonial o rechazarlo para proteger la estabilidad matrimonial. Ante este dilema el legislador venezolano optó por admitir el error como vicio del consentimiento matrimonial, pero limitándolo al error en la identidad de la persona de uno de los contrayentes (artículo 49, C.C.).

En el caso del matrimonio por poder, cuando no se haya conocido al otro cónyuge. En este caso se considera relevante el error en las cualidades de la persona que redundan en error sobre la identidad misma de dicha persona, si las partes no se conocían

y el matrimonio se aceptó en base a las condiciones sobre las cuales recayó el error. En tal caso debe procederse según los hechos alegados por el cónyuge que yerra, apreciados por el Juez de Instancia como cuestión de hecho.

b) *La violencia como vicio del consentimiento matrimonial.-*

En general, se define la violencia como la compulsión ejercida por una persona sobre otra, para forzarla a que manifieste una declaración de voluntad. La violencia, como vicio del consentimiento matrimonial, es la compulsión o coacción física o moral que una persona ejerce sobre otra para obligarla a manifestar su consentimiento matrimonial. La violencia, como vicio del consentimiento, incluye tanto la coacción física como la moral, representada por la amenaza de un daño sobre la persona o los bienes del amenazado, o sobre la persona o bienes de algunos parientes.

El consentimiento matrimonial arrancado con violencia es un consentimiento viciado.

Violencia presunta en el consentimiento matrimonial.-

Es el caso de la persona que, estando raptada, durante el rapto de que es sujeto pasivo dé su consentimiento matrimonial. El legislador venezolano presupone, con presunción iuris et de iure, que tal consentimiento ha sido violentado; y, para que deje de considerarse viciado, es menester que sea prestado o ratificado después de vuelta la persona a su plena libertad.

Cuando el consentimiento matrimonial ha sido dado por error en la identidad de la persona del contrayente o cuando ha sido arrancado con violencia, el matrimonio queda viciado de nulidad relativa.

c). *Presencia de un funcionario público competente.-* La intervención del Estado es característica del matrimonio en el Derecho Civil moderno. Dicha intervención se cumple a través de la presencia del funcionario público competente, quien, después de que los contrayentes han manifestado acuerdo para ser marido y mujer, declara la formación del vínculo.

Los funcionarios públicos competentes para celebrar el matrimonio son:

Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio, Presidente de la Junta Comunal, Juez de Parroquia o Municipio, Jefe Civil de Distrito o presidente del Consejo Municipal.

Los gobernadores de los Estados y de los Territorios Federales deberán facultar a personas idóneas para autorizar todas las diligencias relativas al matrimonio y su celebración, si los contrayentes residen en campos, caseríos, vecindarios y otros lugares alejados de los centros urbanos. (art. 82, C.C.)

En caso de matrimonio en artículo de muerte pueden celebrar el matrimonio, además los jefes de cuerpos militares en campaña, cuando se trate de matrimonios de individuos bajo su mando, los Comandantes de buques de guerra y Capitanes de buques mercantes, si se trata de matrimonios celebrados a bordo de sus embarcaciones. (art. 101, C.C.)

Existen además funcionarios autorizados por las leyes especiales para celebrar el matrimonio. Ellos son los Comisarios Generales de las Dependencias Federales (Ley Orgánica de las dependencias Federales), los Prefectos de Departamentos de los Territorios Federales (Ley Orgánica de territorios Federales).

B. Capacidad

El matrimonio requiere capacidad o aptitud nupcial de los contrayentes. La capacidad matrimonial es la aptitud legal para ser sujeto de la relación jurídica matrimonial. Es la posibilidad legal de contraer matrimonio.

b. La cordura como elemento de la capacidad. - El artículo 48 del Código Civil establece: "Tampoco puede contraer válidamente matrimonio el entredicho por causa de demencia ni el que no se halle en su sano juicio. Si la interdicción ha sido únicamente promovida, se suspenderá la celebración del matrimonio hasta que la autoridad judicial haya decidido definitivamente".

C. La potencia sexual como elemento de la capacidad matrimonial.

El artículo 47 del Código Civil dispone:

“No puede contraer matrimonio válidamente, el que adolece de impotencia manifiesta y permanente.”

D. Ausencia de impedimentos

Es otro requisito de fondo para contraer matrimonio. Los impedimentos matrimoniales son trabas u obstáculos establecidos por la ley para la celebración del matrimonio. “Son obstáculos legales para el ejercicio de la capacidad matrimonial”, dice Francisco López Herrera. Y, en efecto, los impedimentos matrimoniales, cuando existen, obstaculizan o entran el matrimonio a una persona apta legalmente para casarse, porque ha cumplido la edad mínima exigida por la ley, está en su sano juicio y no sufre de impotencia manifiesta y permanente.

Influencia del Derecho Canónico

El término impedimento proviene del Derecho Canónico (impedimentum matrimonii), si bien las prohibiciones legales existían ya en la Biblia y también en el derecho Romano. En el Derecho Canónico se llama impedimento a todos los requisitos de fondo para celebrar el matrimonio, con una sola excepción: el consentimiento matrimonial. Existen en el derecho Canónico muchas clasificaciones de los impedimentos: dirimentes e impedientes, públicos y secretos, de mayor grado y de menor grado, perpetuos o temporales, ciertos o dudosos, absolutos o relativos, dispensables y no dispensables.

Clasificación de los impedimentos. - De todas las clasificaciones sólo tres de ellas tienen importancia en nuestro derecho.

- a) Impedimentos dirimentes e impedimentos impedientes. Los impedimentos dirimentes son obstáculos establecidos en la ley para la celebración del matrimonio cuya violación genera la nulidad absoluta de aquél.

Los impedimentos impeditivos son obstáculos legales, prohibiciones legales para la celebración del matrimonio, cuya transgresión no determina la nulidad, ni absoluta ni relativa del matrimonio celebrado.

- b) Impedimentos absolutos e impedimentos relativos. Son absolutos los impedimentos que obstaculizan el matrimonio de la persona afectada con cualquier otra persona. Por ejemplo, el impedimento de vínculo anterior; una mujer casada no puede contraer matrimonio con ningún hombre, un hombre casado no puede hacerlo con ninguna mujer.

Son relativos los impedimentos que obstaculizan el matrimonio de la persona afectada con otra persona determinada. Ejemplo, el impedimento matrimonial entre hermanos.

- c) Impedimento dispensables y no dispensables. Cuando la ley prevé la posibilidad de levantar la prohibición legal para la celebración del matrimonio, constituida por el impedimento, éste es dispensable. Cuando no está prevista tal posibilidad, el impedimento es no indispensable.

De acuerdo a nuestra legislación vigente, sólo puede referirse esta clasificación a los impedimentos impeditivos: hay impedimentos impeditivos dispensables, como, por ejemplo, el que existe para el matrimonio entre tío y sobrino o descendiente de éste que puede ser dispensado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil. Existen también impedimentos impeditivos no dispensables tales como el de turbatio sanguinis.

En nuestra legislación no hay impedimentos dirimentes dispensables. Y todos los impedimentos impeditivos dirimentes, cuando son violados, determinan la nulidad absoluta del matrimonio.

Los impedimentos matrimoniales en la legislación Venezolana

1.-*Impedimentos dirimentes*

Existen algunos absolutos y otros relativos:

A. Los impedimentos dirimentes absolutos son :

a) Impedimento de vínculo anterior.- Cuando estudiamos los caracteres del matrimonio civil moderno quedó establecido que uno de ellos es la unidad. Luego sólo es posible el matrimonio entre un hombre y una mujer.

El artículo 50 del Código Civil dispone:

“No se permite ni es válido el matrimonio contraído por una persona ligada a otro anterior.”

Este impedimento es consecuencia precisa de la disposición contenida en el artículo 44, de conformidad con la cual el matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer.

Es un impedimento dirimente absoluto, porque prohíbe el matrimonio de la persona afectada por él (hombre o mujer casada) con cualquier otra persona. La nulidad del matrimonio celebrado con transgresión de este impedimento está prevista en el artículo 122 C.C.

Además, la persona que estando válidamente casada, contraiga otro matrimonio o que no estándolo, hubiera contraído , a sabiendas, matrimonio con persona casada, comete delito de bigamia, tipificado en el artículo 402 del Código Penal.

b) Impedimento de orden.-

De acuerdo a la segunda parte del artículo 50 del Código Civil, no se permite ni es válido el matrimonio contraído por un ministro de cualquier culto a quien le sea prohibido el matrimonio por su respectiva religión.

El impedimento de orden afecta fundamentalmente a los sacerdotes de la religión católica romana, aunque, eventualmente , puede afectar a cualquier ministro cuya religión le prohíba casarse. Y sólo se refiere a los varones, en virtud de que las mujeres no pueden ser ordenadas in sacris.

Es un impedimento dirimente; cuando se viola, el matrimonio queda viciado de nulidad absoluta. Tal nulidad está prevista en el artículo 122 del Código Civil.

Es dirimente absoluto, pues prohíbe el matrimonio del afectado (ministro de culto a quien su religión prohíba el matrimonio) con cualquier mujer.

c) *Impedimento de raptó.-*

El artículo 56 del C.C., dispone: “No podrá contraer matrimonio el encausado por raptó, violación o seducción, mientras dure el juicio criminal que se le forme y mientras no cumpla la pena a que haya sido condenado, a no ser que lo celebre con la mujer agraviada.”

B. Impedimentos dirimientes relativos

a) Impedimento dirimente de consanguinidad.- Existe impedimento dirimente al matrimonio entre ascendientes y descendientes y también al matrimonio entre hermanos. El parentesco por consanguinidad es impedimento dirimente en línea recta, hasta el infinito y, en línea colateral, hasta el segundo grado.

b) Impedimento dirimente de afinidad.- La afinidad en línea recta es impedimento dirimente del matrimonio. De acuerdo a lo dispuesto en la parte final del artículo 51 del Código Civil, no se permite ni es válido el matrimonio entre afines en línea recta.

c) Impedimento por adopción.- El artículo 54 del Código Civil dispone:

“No es permitido ni válido el matrimonio del adoptante con el adoptado y sus descendientes, entre el adoptante y el cónyuge del adoptado, ni entre el adoptado y el cónyuge del adoptante, mientras dura la adopción.”

d) Impedimento de crimen.- La doctrina denomina así, en forma abreviada, el impedimento consagrado en el artículo 55 del Código Civil:

“No se permite ni es válido el matrimonio entre el condenado como reo o cómplice de homicidio ejecutado, frustrado o intentado contra uno de los cónyuges y el otro cónyuge. Mientras estuviese pendiente el juicio criminal, tampoco podrá celebrarse matrimonio”.

2. Impedimentos impeditivos

Existen algunos dispensables y otros no dispensables.

A. Impedimentos impeditivos dispensables.

a) Impedimentos impeditivos de consanguinidad.- El artículo 53 del Código Civil, en su primera parte, prohíbe el matrimonio entre tíos y sobrinos y entre tíos y los descendientes de los sobrinos.

Es un impedimento impeditivo, luego su violación no determina la nulidad del matrimonio.

Es relativo, pues prohíbe el matrimonio entre personas determinadas.

Es dispensable, porque la ley prevé la posibilidad de que sea levantada la prohibición y pueda celebrarse libremente el matrimonio. En efecto, según lo dispuesto por el artículo 65 del Código Civil, el impedimento impeditivo de consanguinidad puede ser dispensado por el Juez de familia con jurisdicción en donde se pretende celebrar el matrimonio.

Si el matrimonio se celebra sin haber obtenido la dispensa o a pesar de haber sido negada, la sanción es una multa de quinientos a dos mil bolívares en el primer caso y de tres mil en el segundo (Ord. 1º, artículo 131 C.C.)

b) Impedimento impeditivo de afinidad.- En la segunda parte del artículo 53 del Código Civil se prohíbe el matrimonio entre cuñados cuando el que produjo la afinidad quedó disuelto por divorcio.

Es un impedimento impeditivo; si se celebra un matrimonio con transgresión de él, tal matrimonio es válido.

Es un impedimento relativo, porque obstaculiza el matrimonio entre personas determinadas.

Es dispensable, porque está prevista en la ley la posibilidad de que sea levantado y, en consecuencia, pueda ser celebrado libremente el matrimonio. De conformidad con lo pautado en el artículo 65 del Código Civil, los Jueces de Primera Instancia en lo Civil pueden dispensar el impedimento que existe entre cuñados.

Si el matrimonio se celebra sin haberse obtenido la dispensa o aun cuando tal dispensa hubiere sido negada, los cónyuges serán sancionados con una multa de quinientos a dos mil bolívares en el primer caso y de tres mil en el segundo (Ord. 1º, artículo 131 Código Civil).

c) Impedimento de tutela.-

Según el artículo 58 del Código Civil, no se permite el matrimonio del tutor o curador o alguno de sus descendientes con la persona que uno de aquéllos tiene o ha tenido bajo su protección, mientras que, fenecida la tutela o curatela, no haya recaído la aprobación de las cuantas a su cargo, salvo que el Juez, ante quien se constituyó la tutela o el del domicilio del tutor, por causas graves expida la autorización.

Es un impedimento impediante, luego si se contrae matrimonio con transgresión de tal obstáculo, el matrimonio es válido.

Es relativo, pues prohíbe el matrimonio entre personas determinadas.

Es dispensable puesto que la ley prevé la posibilidad de que el Juez ante quien se constituyó la tutela o el del domicilio del tutor, autorice el matrimonio.

Si se viola el impedimento de tutela, el tutor o curador será privado de toda remuneración por razón del cargo (Ord. 2º, artículo 131 C.C.)

Es un impedimento temporal, puesto que cesa con la aprobación de las cuantas de la tutela o curatela.

B. *Impedimentos impeditos no dispensables.*

a) Impedimento de turbatio sanguinis.-

El artículo 57 del Código Civil dispone que la mujer no puede contraer válidamente matrimonio, sino después de diez meses contados a partir de la anulación o disolución del anterior matrimonio, excepto en el caso de que antes de dicho lapso haya ocurrido el parto o produzca evidencia médica documentada de la cual resulte que no está embarazada.

El impedimento en cuestión es impedito, su violación no determina la nulidad del matrimonio.

Es absoluto porque prohíbe el matrimonio de la mujer afectada con cualquier hombre.

Es temporal, pues cesa una vez fenecido el lapso de diez meses, contados a partir de la anulación o disolución del anterior matrimonio o antes, si la mujer da a luz o se produce evidencia médica documentada de la cual resulte que no está embarazada. Suele presentarse confusión en lo atinente al carácter de no dispensable de este impedimento. Tiende a pensarse, erróneamente, que el impedimento de turbatio sanguinis es dispensable, porque si la mujer que pretende contraer nuevo matrimonio, antes de vencer el lapso de diez meses, contado a partir de la anulación o disolución del anterior matrimonio, da a luz o produce evidencia médica documentada de la cual resulta que no está embarazada, puede casarse libremente. Pero, en realidad lo que ocurre en tales casos es que no existe impedimento de turbatio sanguinis, porque no concurren todas las circunstancias previstas en la ley (art. 57, Código Civil).

No está prevista sanción alguna en nuestra legislación para el caso de transgresión del impedimento de turbatio sanguinis.

b) Impedimento de autorización.-

De conformidad con el artículo 59 de nuestro Código Civil, el menor de edad no puede contraer matrimonio sin la autorización de sus padres.

En caso de desacuerdo o de imposibilidad de manifestarlo, corresponderá al Juez de Menores del domicilio del menor autorizar o no el matrimonio, oída la opinión de los padres si fuere posible. Contra esa decisión no habrá recurso alguno.

c) Impedimento de inventario.- La persona que tenga hijos menores bajo su patria potestad y aspire a contraer matrimonio, deberá antes hacer levantar un inventario judicial de los bienes propios del o de los hijos. A tal efecto, ocurrirá ante un Juez de Menores de su domicilio para que nombre un curador ad-hoc al hijo o a los hijos. El inventario se levantará ante el Juez en presencia del curador ad-hoc, del otro progenitor que ejerce la patria potestad y de dos testigos.

IX. FORMALIDADES DEL MATRIMONIO

El matrimonio en el Derecho Civil moderno es un acto solemne. Esto significa que para que se perfeccione es menester cumplir los requisitos de forma o formalidades establecidas por la ley.

Se comprende que en su origen, en su introducción y generalización por obra de la Revolución Francesa, el matrimonio civil fuera un acto enérgicamente solemne. Fruto del derecho Revolucionario, que frente a la Iglesia Católica afirmaba la exclusiva competencia estatal en materia de matrimonio, el matrimonio civil precisaba acreditarse ante la opinión pública como un acto tan importante como el religioso. Careciendo de tradición, no tuvo más remedio que inspirarse en las solemnidades del matrimonio canónico.

En la actualidad, aquellos propósitos que animaron a los introductores del matrimonio civil, carecen de sentido y finalidad. Habiéndose arraigado el matrimonio civil obligatorio, no ha perdido su importancia el matrimonio canónico, que indudablemente supera en solemnidad al civil.

Las finalidades perseguidas en la actualidad con las formalidades del matrimonio son otras. Se trata de asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales sobre capacidad e impedimentos matrimoniales, a través de las formalidades previas a la celebración - manifestación

esponsalicia, publicación de carteles, formación del expediente esponsalicio - y del recurso de la oposición y de la denuncia; marcar la diferencia entre el matrimonio y la unión libre con apariencia de matrimonio al hacer posible que quede constancia fehaciente de la constitución del estado de casados y la de constituir un título que facilite la prueba del matrimonio.

Las formalidades del matrimonio son los requisitos de forma del matrimonio y éstos son aquellos que se relacionan directamente con su celebración.

Los requisitos de forma necesarios para la celebración del matrimonio se cumplen : algunos, antes de la celebración y otros, en la propia celebración, de allí que pueda distinguirse entre:

- a) Requisitos de forma o formalidades previas a la celebración del matrimonio.
- b) Celebración del matrimonio.

A. Manifestación previa o manifestación esponsalicia

La manifestación previa o manifestación esponsalicia es la declaración anticipada que las personas que proyectan contraer matrimonio deben hacer de tal matrimonio que desean contraer, ante el funcionario competente.

- a) ¿Ante quién debe hacerse? Ante cualquiera de los funcionarios autorizados por la ley para celebrar el matrimonio que tenga jurisdicción en la residencia de alguno de los futuros contrayentes (art. 66 C.C.).
- b) ¿Quién debe hacerla? Los futuros contrayentes personalmente o mediante apoderado especial constituido al efecto, por documento público. Puede hacerla uno sólo de los futuros contrayentes, cuando éste presente documento auténtico de esponsales (donde conste, por supuesto, la voluntad de contraer futuro matrimonio del futuro contrayente no compareciente) (art. 67, Código Civil).

- c) Asistencia necesaria. Si uno o ambos futuros contrayentes requieren, de acuerdo con la ley, autorización de alguna o de algunas personas para contraer matrimonio, deben estar asistidos, en el acto de la manifestación esponsalicia, de las personas cuya autorización es necesaria. Tal autorización puede constar en documento público. Si es así, no será necesaria la presencia de las personas cuya autorización es requerida; bastará con la presentación del documento público donde conste dicha autorización. (art. 67 C.C.)

- d) Contenido de la manifestación esponsalicia. Los futuros contrayentes deben manifestar su deseo de contraer futuro matrimonio. Deben, además, en la manifestación esponsalicia, expresar bajo juramento, su nombre, apellidos, edad, profesión y domicilio y el nombre y apellidos del padre y de la madre de cada uno de ellos. Igualmente, los manifestantes deben señalar el funcionario escogido, entre los facultados por la ley, para la celebración del matrimonio. (art. 66 C.C.)

- e) Acta esponsalicia. De todo lo declarado por los futuros contrayentes ante uno de los funcionarios competentes para recibir la manifestación esponsalicia, se extenderá un acta que firmarán el funcionario, las partes u otro a su ruego, si ellas no supieran o pudieran hacerlo, y el secretario. Esta es la que se llama acta esponsalicia.

- f) Recaudos que deben consignarse en el caso de la manifestación previa.
 - a) Copia certificada de las partidas de nacimiento de los futuros contrayentes, las cuales no deberán datar de más de seis meses antes de la celebración del matrimonio.

Estas copias certificadas pueden ser suplidas por justificaciones evacuadas ante un Juez o Notario, con la declaración de dos testigos, por lo menos, de reconocida honorabilidad y que den razón circunstanciada de sus dichos (art. 69 Código Civil, primer aparte).

- b) Si se trata de segundo o ulterior matrimonio para uno de los contrayentes, o para ambos, copia certificada de la sentencia firme que declaró nulo o disuelto el matrimonio anterior, o copia certificada del acta de defunción del cónyuge fallecido; esta última, la copia certificada del acta de defunción del cónyuge fallecido, si tal fuere el caso, puede suplirse con justificativo evacuado ante un Juez o Notario mediante la declaración de dos testigos de reconocida honorabilidad y que den razón circunstanciada de sus dichos.
- c) Si uno o ambos futuros contrayentes tienen hijos menores bajo su patria potestad, deben consignar original del inventario judicial de los bienes propios de tales hijos.
- d) Los documentos que acreditan la dispensa de los impedimentos impedientes que pudieran existir para la celebración del matrimonio proyectado.
- e) Si alguno o ambos contrayentes fueren extranjeros, cada uno de ellos deberá comprobar que es soltero, viudo o divorciado y capaz para contraer matrimonio según su ley nacional. Estas circunstancias pueden comprobarse mediante justificativo evacuado ante un Juez o Notario, en el cual tres testigos, cuando menos, y que den razón fundada y circunstancia de sus dichos, declaren bajo juramento, afirmando la expresada capacidad.

B. *Publicación de carteles*

Se llama cartel esponsalicio al contenido de la manifestación previa, hecha por los futuros contrayentes, que debe redactar el funcionario competente que haya recibido tal manifestación.

- a) La publicación de los carteles esponsalicios se cumple mediante su fijación en sitios públicos.
- b) Tiempo de fijación del cartel.- El cartel esponsalicio permanecerá fijado en los lugares donde debe fijarse, según el caso, por ocho días continuos, antes de la celebración del matrimonio. Debe hacerse constar en el expediente esponsalicio respectivo la fecha de su fijación (art. C.C., primer aparte).

El matrimonio sólo puede celebrarse después de que se haya cumplido el lapso de ocho días continuos, durante el cual deben permanecer fijados los carteles esponsalicios.

C. Expediente esponsalicio

El expediente esponsalicio es el conjunto de recaudos que deben reunirse con anterioridad a la celebración del matrimonio, mediante los cuales se comprueba el cumplimiento de los requisitos de fondo exigidos por la ley.

B. Matrimonio en artículo de muerte

Se considera matrimonio en artículo de muerte al que se celebra estando uno o ambos contrayentes en peligro inminente de morir. En este caso, por razones obvias, no puede exigir el cumplimiento de las formalidades previas a la celebración del matrimonio. El legislador exime a los contrayentes, en el caso de matrimonio en artículo de muerte, del cumplimiento de tales requisitos.

En efecto, el artículo 96 del Código Civil establece, en su encauzamiento:

“En el caso en que uno de los contrayentes o ambos se hallaren en artículo de muerte, los funcionarios a que se refiere el artículo 82 podrán autorizar el matrimonio con prescindencia de la fijación de carteles y de los requisitos establecidos en el artículo 69, aun cuando alguno de los contrayentes o ambos fueran transeúntes. Si la urgencia lo impusiere, podrá hasta prescindir de la lectura de la Sección que trata : “De los deberes y derechos de los cónyuges”.

Celebración del matrimonio

El matrimonio es un acto formal. La solemnidad es una característica del matrimonio moderno. Para que se perfeccione el matrimonio es menester que se cumpla una serie de formalidades establecidas en la ley, unas de ellas antes de la celebración del matrimonio y otras, durante el acto mismo de la celebración.

De acuerdo a su celebración existen dos clases de matrimonio: el matrimonio ordinario y el matrimonio en artículo de muerte. Ambos tienen caracteres comunes, que son: la celebración del matrimonio es siempre un acto público, personal y gratuito.

En el poder matrimonial debe indicarse el nombre, apellido, cédula de identidad, profesión, edad, lugar de nacimiento y domicilio del poderdante y de la persona con quien desea contraer matrimonio. También la identificación del apoderado. El poder matrimonial puede ser revocado expresa o tácitamente. Ocurre lo primero cuando antes de que el apoderado contraiga el matrimonio, el poderdante revoca el poder y lo segundo, cuando antes de que el apoderado contraiga matrimonio, el poderdante contrae válidamente matrimonio. En tales casos, si antes de que el apoderado contraiga el matrimonio, el poderdante revoca, tácita o expresamente, el poder matrimonial, el matrimonio por poder quedará viciado de nulidad.

B.- La celebración del matrimonio es un acto público.- No es posible la celebración del matrimonio en forma clandestina.

“El acto del matrimonio será público en todo caso y no podrá vedarse a nadie asistir a su celebración” (art. 94 C.C.).

Cuando el matrimonio se celebra fuera del Despacho del funcionario, el lugar donde se efectúe el acto, durante la celebración, es sede del funcionario, y por ello pierde su carácter privado.

C.- La celebración del matrimonio es un acto gratuito.- Al establecer la gratuidad en la celebración del matrimonio, el legislador pretende facilitarla.

También todas las diligencias relativas al matrimonio son gratuitas (art. 71 C.C.).

2.- Celebración del matrimonio ordinario.

Por su celebración se conocen dos tipos de matrimonio:

El ordinario y el matrimonio en artículo de muerte.

El matrimonio ordinario: es todo matrimonio en el cual no media circunstancia del peligro de muerte en ninguno de los contrayentes, en el momento de la celebración.

El matrimonio en artículo de muerte: es aquel que se celebra estando uno o ambos contrayentes en peligro inminente de morir.

A.- Funcionarios autorizados para celebrarlo.- Ellos son:

La Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio.

El Jefe Civil de Distrito.

El Presidente del Concejo Municipal.

El presidente de la Junta Comunal (art. 82 C.C.)

El Comisario General de las Dependencias Federales (Ley orgánica de las Dependencias Federales).

Prefectos de Departamentos en los Territorios Federales (Ley orgánica de Territorios Federales).

Según el artículo 82 del Código Civil, los Gobernadores de Estado y de Territorios Federales deberán facultar a personas idóneas para autorizar las diligencias relativas al matrimonio y su celebración.

B.- Lugar de la celebración.- El matrimonio ordinario sólo puede celebrarse en el despacho del funcionarios autorizado para ello (art. 86 C.C.). Puede celebrarse el acto fuera del Despacho del funcionario, si así lo pidieran los futuros contrayentes y no encontrare el funcionario escogido para la celebración, inconveniente alguno para ello (art. 87 C.C.).

C.- Oportunidad de la celebración.- El matrimonio ordinario sólo puede celebrarse una vez vencido el lapso de ocho días contados a partir de la fijación del cartel esponsalicio, ya que éste debe permanecer fijado por ocho días continuos antes de la celebración del matrimonio. En caso de matrimonio que se realice para regularizar la unión concubiniaria en que hubieren estado viviendo los contrayentes, éstos están eximidos del cumplimiento de las formalidades previas al matrimonio.

D.- Personas que deben estar presentes en la celebración.-

Los contrayentes, personalmente o mediante mandatario con poder especial, el funcionario competente, su secretario y los testigos. Estos deben ser dos mayores de veintiún años si se celebra el acto en el despacho del funcionario y cuatro mayores de edad, si se celebra fuera del despacho. Los testigos no pueden estar unidos por parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, ni de afinidad, dentro del segundo grado, con ninguno de los contrayentes.

E.- Formalidades del acto de la celebración.-

Reunidas las personas se comienza el acto con la lectura hecha por el Secretario, de la sección I, Cap. XI, Título IV del C.C. relativa a los deberes y derechos de los cónyuges. Luego el funcionario competente recibirá de los contrayentes, uno después del otro, la manifestación de que se toman por marido y mujer, respectivamente, y los declarará unidos en matrimonio en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F.- Acta matrimonial.-

Se levantará un acta matrimonial. Debe ser leída al final del acto de la celebración y firmada por el funcionario que presenció el matrimonio, su secretario, los contrayentes, si pueden y saben firmar, y los testigos.

a) Contenido del acta matrimonial.-

De conformidad con el artículo 89 del C.C. el acta matrimonial debe contener, además de lo exigido en el art. 448 C.C. para toda acta del estado civil:

- a.- El nombre, apellidos, cédula de identidad, edad, profesión, lugar de nacimiento y domicilio de cada uno de los esposos.
- b.- Los nombres, apellidos, profesión y domicilio del padre y la madre de cada uno de ellos.
- c.- La declaración de los contrayentes de tomarse por marido y mujer.
- d.- La declaración que hicieron los contrayentes, en su caso, acerca del reconocimiento de hijos con expresión del nombre, la edad, y Municipio o Parroquia donde se asentó la partida de nacimiento de cada uno de ellos.

e.- El nombre, apellidos, cédula de identidad, edad, profesión y domicilio de cada uno de los testigos.

b) Registros del acta matrimonial.- El matrimonio puede ser celebrado por la Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio o por cualquier otro funcionario autorizado por la ley. La Primera Autoridad de Parroquia o Municipio lleva dos ejemplares del Libro de Matrimonio, los demás funcionarios autorizados para celebrar el matrimonio ordinario, llevan uno solo.

Si el matrimonio lo celebra un funcionario diferente a la Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio, insertará el acta matrimonial en el Libro de Matrimonios que lleva y enviará copia certificada de ella a la Primera Autoridad Civil de Parroquia o Municipio, para que la copie y certifique en los dos libros de Matrimonios que lleva.

3.- Matrimonio en artículo de muerte

Es aquel que se celebra cuando media la circunstancia de que uno o ambos contrayentes se encuentran en peligro inmediato o inminente de morir. Por tal circunstancia, el legislador exime a los contrayentes del cumplimiento de las formalidades previas y simplifica las de la celebración.

Con el objeto de evitar fraude a la ley, para que se puede celebrar el matrimonio en artículo de muerte es necesario que sea certificado por un médico, y por escrito. Solo cuando es imposible lograr tal certificado, puede sustituirse por otro dado por dos personas mayores de edad, quienes harán constar que, a su juicio, uno o ambos contrayentes, están en peligro de muerte inmediata (ver art. 102 C.C.).

a.- Funcionarios autorizados para celebrarlo.- Además de los funcionarios competentes para celebrar el matrimonio ordinario, pueden celebrar matrimonio en artículo de muerte los Jefes de Cuerpos militares en campaña, cuando se trate de matrimonio de personas sometidas a su mando, y los Comandantes de buques de guerra y Capitanes de buques mercantes cuando el acto se celebre a bordo de sus embarcaciones (art. 101 C.C.).

B.- Lugar de la celebración.- Es el lugar donde se hallaren las personas que desean contraer matrimonio, estando una de ellas o ambas en peligro inminente de muerte. Los funcionarios autorizados por la ley para celebrar el matrimonio, están obligados a concurrir, sin demora alguna a tal lugar (art. 97 C.C.).

C.- Oportunidad de la celebración.- Será el momento en que un hombre y una mujer, estando uno de ellos o ambos en peligro próximo de muerte, decidan contraer matrimonio en tales circunstancias.

D.- Personas que deben estar presentes.- El funcionario, su secretario o uno que nombra para el caso, los contrayentes y dos testigos mayores de edad que pueden ser parientes en cualquier grado de los contrayentes.

E.- Formalidades del acto.- Son más sencillas que en el matrimonio ordinario. El legislador las ha simplificado, precisamente, por la premura que exige el peligro inmediato de morir en que se encuentra uno o ambos contrayentes.

F.- Contenido del acta de matrimonio en artículo de muerte.- Además de las del acta del matrimonio ordinario, la del matrimonio en artículo de muerte debe contener: lugar, fecha y hora en que se efectuó el matrimonio, las circunstancias del artículo de muerte, mención de haberse producido la certificación comprobatoria de tal circunstancia y apreciación de los testigos de parecer hallarse en estado de lucidez mental él o los contrayentes impedidos (art. 96, primer aparte).

El acta será firmada por el funcionario, los contrayentes, el secretario y los testigos. Si fuere posible, otra persona mayor de edad, que no sea de los testigos del acta, firmará a ruego del contrayente que no supiere o no pudiese hacerlo.

Registro del acta matrimonial.- El registro del acta matrimonial, en caso de matrimonio en artículo de muerte, se verifica de igual forma al registro del acta de matrimonio ordinario.

4.- Matrimonio en artículo de muerte, sin la presencia de funcionario competente ni de persona investida de autoridad.

En caso de matrimonio en artículo de muerte si no fuere fácil la concurrencia de algunos de los funcionarios competentes para celebrar el matrimonio, éste podrá celebrarse en presencia de tres personas mayores de edad, que no estén unidos a ninguno de los contrayentes por parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, no de afinidad dentro del segundo y siempre que uno de ellos, al menos, sepa leer y escribir.

Las tres personas que presencien el acto actúan como testigos . Una de ellas preside el acto y recibe la declaración de los contrayentes de tomarse como marido y mujer. Esta persona, la que ha presidido el acto, levantará el acta matrimonial en papel común y la enviará a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio del lugar para que la inserte y certifique en los Libros de Matrimonios.

Antes de insertarla, por sí o por medio de un Juez comisionado, la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio interrogará a las personas que figuren en dicha acta y a quienes hubieren certificado el peligro inmediato de muerte de uno o ambos contrayentes, acerca de todas las circunstancias del matrimonio y del estado de los contrayentes, a fin de cerciorarse de si se han cumplido los extremos de ley.

Si la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio encuentra que se han cumplido todos los requisitos de ley, insertará el acta en los libros correspondientes certificada por él y por el secretario y la enviará, para su inserción, al Presidente del Concejo Municipal. Si encontrare que se han cometido irregularidades sustanciales,, insertará siempre el acta, pero pasará copia de todo lo actuado al Síndico Procurador Municipal, a los efectos legales consiguientes: Estos efectos legales consiguientes son el ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio para el caso de que dicha acción pueda ser propuesta por tal funcionario.

Éste es el único caso en el cual, conforme a nuestra legislación vigente, puede celebrarse el matrimonio sin la presencia del funcionario autorizado, ni de persona investida de autoridad. Es una excepción.

X. NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL MATRIMONIO

La nulidad del matrimonio es una sanción civil represiva y excepcional determinada por la transgresión, en la celebración del matrimonio, de ciertas disposiciones legales y cuyo efecto, por regla general, es hacer desaparecer el matrimonio de la vida jurídica, como si nunca se hubiese celebrado.

La nulidad del matrimonio es una sanción civil, porque la desaparición del matrimonio de la vida jurídica como si jamás se hubiera celebrado, que es su efecto por regla general, constituye, evidentemente, un castigo para los cónyuges que celebraron tal matrimonio.

Es una sanción represiva, porque ella se aplica cuando el matrimonio irregular se ha celebrado. En esto se distingue de la oposición al matrimonio, que es una sanción preventiva y enderezada a evitar la celebración del matrimonio. La nulidad del matrimonio, en cambio, sólo cabe cuando la oposición ha fracasado y se ha celebrado el matrimonio irregular.

Es una acción represiva excepcional, porque no toda irregularidad del matrimonio determina su nulidad. La nulidad del matrimonio es una sanción que sólo se aplica a aquellos casos en que la violación de requisitos de fondo o de forma establecidos por la ley para la celebración del acto, es muy grave.

El efecto de la nulidad del matrimonio, por regla general, es hacer desaparecer el matrimonio de la vida jurídica como si nunca se hubiera celebrado. La excepción a esta regla general es el matrimonio putativo. En efecto, cuando el matrimonio declarado nulo vale como putativo, tal matrimonio se tiene como válido en el lapso comprendido entre la fecha de su celebración y la de la sentencia definitiva y firme que declare su nulidad.

1.- Principios generales aplicables en materia de nulidad del matrimonio.-

- a) la nulidad del matrimonio debe ser declarada judicialmente, por sentencia definitiva y firme emanada del Juez competente. No hay nulidad de pleno hecho.

- b) La declaración judicial de nulidad del matrimonio es necesaria siempre que haya habido alguna apariencia de matrimonio, ya que siempre que esto ocurra, habrá acta matrimonial y apariencia de acto, que se hacen desaparecer mediante, precisamente, la declaración judicial correspondiente.
- c) Mientras no haya sido declarada judicialmente su nulidad, el matrimonio irregular produce efectos jurídicos. Pero cuando se produce tal declaración, ella, por regla general, produce efectos desde la celebración de dicho matrimonio, para borrarlo de la vida jurídica.
- d) La nulidad del matrimonio declarada judicialmente produce iguales efectos, bien que se trata de nulidad absoluta o relativa. Tales efectos son: Por regla general, la nulidad del matrimonio declarada judicialmente determina la eliminación del matrimonio de la vida jurídica como si jamás se hubiere celebrado. Excepcionalmente, cuando el matrimonio declarado nulo vale como putativo, la declaración judicial de nulidad del matrimonio no produce su efecto general, sino que se considera tal matrimonio como válido, entre las fechas de su celebración y de la sentencia que declare su nulidad.

2.- Clases de nulidad del matrimonio.-

Se distinguen dos clases: nulidad absoluta o nulidad propiamente dicha y nulidad relativa o anulabilidad.

A.- Criterio de distinción.- En materia de nulidad del matrimonio es imposible aplicar, para distinguir la nulidad absoluta de la relativa, la teoría general de las nulidades del negocio jurídico. Tal imposibilidad deriva de la circunstancia de que todas las normas legales relativas a los requisitos de fondo y de forma para la celebración del matrimonio son de orden público, porque están orientadas a salvaguardar el orden general y el criterio diferencial entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa del negocio jurídico, se establece con base a la existencia de normas de orden público, cuya transgresión determina la nulidad absoluta y de normas legales que no son de orden público, las establecidas por el legislador para proteger específicamente el interés de una de las partes o ambas, cuya violación produce la nulidad relativa del negocio en cuestión.

3.- Nulidad absoluta del matrimonio

La nulidad absoluta del matrimonio es una especie de nulidad. En consecuencia, puede definirse como la sanción civil, represiva y excepcional determinada por la transgresión, en la celebración del matrimonio, de una disposición establecida por el legislador, con la finalidad exclusiva de proteger el orden público y cuyo efecto es, por regla general, eliminar el matrimonio de la vida jurídica y considerarlo como no celebrado.

A.- Caracteres de la nulidad absoluta

- a) El matrimonio viciado de nulidad absoluta no se puede convalidar. Esto significa que no puede hacerse válido, mediante acciones u omisiones dirigidas a ese fin, realizadas con posterioridad a su celebración. El matrimonio que nace viciado de nulidad absoluta no puede adquirir validez posteriormente. Como quiera que en su celebración se violó una disposición consagrada por la ley con el fin único de proteger el orden público, no puede aceptarse que acciones u omisiones posteriores le confieran validez.
- b) La acción de nulidad absoluta es perpetua porque no hay límite de tiempo para ejercerla. Si la acción de nulidad absoluta estuviera sometida a plazo de caducidad, la omisión de su ejercicio en tal plazo produciría una convalidación tácita del matrimonio.
- c) La acción de nulidad absoluta del matrimonio no corresponde sólo a los cónyuges, sino también a otras personas vinculadas a ellos y a cualquiera que tenga interés legítimo y actual. Puesto que la ley no excluye ninguna especie de interés, cuando establece “todos los que tengan interés actual” pueden ejercer la acción de nulidad en algunos casos, y sólo exige que el interés sea “actual”, puede interponer la acción en cuestión toda persona que tenga interés actual, lo mismo personal o moral que económico o patrimonial, en la declaración de nulidad del matrimonio.

De acuerdo con nuestro Código Civil vigente, pueden demandar judicialmente nulidad absoluta del matrimonio, las siguientes personas:

- a*) Los Cónyuges. En dos casos sólo corresponde a uno de ellos : Cuando el matrimonio se celebró con transgresión del impedimento de vínculo anterior o del de orden . En el primer caso, sólo el cónyuge inocente y no el bigamo puede demandar la nulidad del vínculo; en el segundo caso, sólo la esposa puede interponer la acción (art. 122 Código Civil).
- b*) El cónyuge de alguno de los esposos en el caso de matrimonio celebrado con violación del impedimento de vínculo anterior (art. 122 C.C.).
- c*) Los ascendientes de los cónyuges (art. 117 y 122 C.C.).
- d*) El correspondiente Prelado a cuya autoridad esté sometido , en el fuero externo, el ministro de culto que contrajo matrimonio a pesar de prohibírsele su propia religión (art. 122 C.C.).
- e*) El Síndico Procurador Municipal (art. 117, 122 y 123). Es necesario advertir que, según lo dispuesto por el artículo 124 del Código Civil, las acciones de nulidad no pueden promoverse por el Síndico Procurador Municipal después de la muerte de alguno de los cónyuges. Debe entenderse después de disuelto el matrimonio, por divorcio o por muerte de alguno de los cónyuges. La disposición se refiere sólo al caso de muerte de uno de los cónyuges, porque es norma legal en Venezuela desde antes de que nuestra legislación admitiera el divorcio como causa de disolución del matrimonio y, ni en el Código de 1904, ni en los posteriores, se ha hecho la modificación correspondiente. Pero debe entenderse como una advertencia, puesto que la razón de que el Síndico Procurador no puede promover la acción de nulidad después de la muerte de uno de los cónyuges, la encontramos en que la violación cometida por los contrayentes deja de alterar el orden público, porque el matrimonio se ha disuelto y esta misma razón existe cuando se extingue el vínculo por divorcio.
- f*) Toda persona que tenga interés legítimo y actual en la declaración judicial de nulidad del matrimonio. El artículo 16 del Código de Procedimiento Civil dispone: "Para proponer la demanda el actor debe tener interés jurídico actual. Además

de los casos previstos en la Ley, el interés puede estar limitado a la mera declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica. No es admisible la demanda de mera declaración cuando el demandante puede obtener la satisfacción completa de su interés mediante una acción diferente”.

Interés actual es el existente para el momento en que se introduce la demanda.

Se discute en doctrina si el interés actual ha de ser económico o pecuniario o si puede demandar también la nulidad del matrimonio quien tenga interés actual y moral en que se declare judicialmente.

Sanojo, en su obra “Instituciones de Derecho Civil”, sostiene :

“En muchos casos pueden pedir la nulidad del matrimonio los que tienen interés actual en la anulación y es menester decir que este interés debe ser material o pecuniario, como generalmente se dice”.¹¹

“Dominici, compartiendo el criterio de Sanojo, sostiene que siempre que la ley habla de interés actual debemos entender que se trata de un interés pecuniario. Para él, el interés actual es un interés efectivo y apreciable en dinero.”¹²

Granadillo, por el contrario, opina que el interés puede ser pecuniario y moral. Puede haber interés moral actual en la declaración de nulidad del matrimonio para que se elimine de la vida jurídica un vínculo que perjudica el orden familiar. “Por ejemplo, si dos hermanos se casan, existe interés moral de un tercer hermano para pedir la nulidad de esa unión, puesto que es incestuosa”.¹³

¹¹ SANOJO, Luis, *“Instituciones de Derecho Civil Venezolano”*, Madrid, Gráficas Sebastián, 1953. Reimpresión de la 1 Edición hecha en Caracas. Imprenta Nacional pág. 168

¹² DOMINICI, Aníbal: *“Comentarios al Código Civil venezolano”*, Ediciones J. C. V. Logos C. A. Caracas, 1951, pág. 203

¹³ GRANADILLO, Víctor Luis: *“Tratado elemental de Derecho Civil venezolano”*, Segunda Edición. Caracas, 1958, pág. 112 y 113

López Herrera, al respecto, afirma. “ La doctrina venezolana se ha pronunciado en el sentido de que el interés que deben tener los terceros para demandar la nulidad del matrimonio, ha de ser de tipo económico o pecuniario.

La legislación venezolana no excluye ningún tipo de interés, ya que establece que pueden ejercer la acción de nulidad del matrimonio “todos los que tengan interés actual”, por lo que debe entenderse que en todo caso en que una persona tenga interés actual, patrimonial o moral, en que se declare la nulidad del matrimonio, puede ejercer la acción correspondiente en los casos en que la ley reconoce su titularidad a todos los que tengan interés actual.

NULIDAD ABSOLUTA DEL MATRIMONIO (CASOS)

Ausencia de alguno de los elementos esenciales o supuestos del matrimonio.

- Matrimonio entre personas de igual sexo.
- Matrimonio sin consentimiento matrimonial.
- Matrimonio sin la presencia de funcionario público competente (con la excepción consagrada en el art. 98 C.C.).
- Violación de alguno de los impedimentos dirimentes.
- Matrimonio celebrado estando uno o ambos contrayentes unidos por vínculo anterior.
- Matrimonio de sacerdote a quien su religión le prohíba casarse.
- Matrimonio del encausado por delito de violación, seducción o raptó, con mujer diferente a la agraviada, mientras dure el juicio criminal que se le siga y mientras no haya cumplido la pena a que hubiere sido condenado.
- Matrimonio entre ascendientes y descendientes o entre hermanos.
- Matrimonio entre afines en línea recta.
- Matrimonio entre adoptante y adoptado o sus descendientes, entre adoptantes y el ex-cónyuge del adoptado o entre el adoptado y el ex-cónyuge del adoptante. En caso de adopción simple.
- Matrimonio del condenado como reo o cómplice del homicidio intentado, frustrado o ejecutado con el cónyuge del sujeto pasivo del delito. También queda afectado de nulidad absoluta el matri-

monio efectuado entre personas durante el juicio penal.

·Matrimonio contraído con transgresión de algunas formalidades sólo determina la nulidad absoluta del matrimonio perfeccionado de conformidad con lo dispuesto en el art. 98 C.C.

4.- Nulidad relativa del matrimonio.

La nulidad relativa es la sanción civil, represiva y excepcional determinada por la transgresión, en la celebración del matrimonio, de una norma que, si bien es de orden público, como todas las que regulan los requisitos de fondo y de forma para contraer matrimonio, ha sido establecida por el legislador con el objeto de proteger especialmente los intereses de un contrayente o de ambos.

Todas las normas jurídicas que regulan los requisitos de fondo y de forma necesarios para contraer matrimonio, son de orden público, pero entre ellas es posible distinguir las que tienen por finalidad única salvaguardar el orden público, de las que, aun cuando persiguen tal objetivo, no lo hacen en forma exclusiva, sino que también se enderezan a proteger especialmente los intereses de las partes. Cuando en la celebración de un matrimonio se viola una de estas últimas, queda viciado de nulidad relativa.

A.- Caracteres

a) Por regla general el matrimonio viciado de nulidad relativa se puede convalidar. En un caso es posible la convalidación expresa. En efecto, cuando una persona raptada, durante el tiempo en que se encuentra privada de su libertad, da su consentimiento matrimonial, éste se presume arrancado por violencia, y, por tal razón, el matrimonio en cuestión queda afectado de nulidad relativa, pero se puede convalidar, en forma expresa, cuando quien prestó su consentimiento matrimonial estando raptado, lo ratifica después de ser devuelto a su plena libertad.

En los demás casos, el matrimonio nulo relativamente se convalida en forma tácita, mediante la omisión en el ejercicio de la acción de nulidad en el lapso previsto al efecto por el legislador. Y el matrimonio del incapaz en razón de la potencia sexual, afectado de nulidad relativa, no puede convalidarse, ni

expresamente, porque la ley no prevé tal posibilidad; ni tácitamente, porque la acción de nulidad para impugnar el matrimonio de quien adolece de impotencia manifiesta, permanente y anterior al matrimonio, no está sometida a plazo de caducidad en nuestra legislación, razón por la cual puede ejercerse en cualquier época.

- b) La acción de nulidad relativa está, por regla general, sometida a plazo de caducidad. La a esta regla es la acción para impugnar el matrimonio del incapaz en razón de la potencia sexual, acción que es perpetua en el sentido de que puede interponerse en cualquier época.
- c) La acción de nulidad relativa, en algunos casos, sólo puede ser ejercida por alguna de las personas taxativamente señaladas por la ley; en otros, por cualquiera que tenga interés legítimo y actual.

NULIDAD RELATIVA DEL MATRIMONIO (CASOS)

Matrimonio del incapaz por razón de la edad.

Titularidad de la acción: La acción pueden intentarla los cónyuges, sus ascendientes, el Síndico Procurador Municipal y toda persona que tenga interés actual.

Caducidad: La acción caduca en dos casos:

1º Cuando los contrayentes alcancen la edad requerida para contraer matrimonio sin que se haya iniciado el juicio correspondiente.

2º Cuando la mujer que no tenga la edad exigida, conciba.

Convalidación: Tácitamente cuando no se ejerce la acción oportunamente.

Matrimonio celebrado por funcionario incompetente por razón del territorio.

Titularidad: Corresponde a las mismas personas que en el caso anterior.

EL MATRIMONIO

Caducidad: La acción caduca si no se ejerce en un año contando a partir de la celebración del matrimonio.

Convalidación: Se produce en forma tácita cuando la acción no se ejerce oportunamente.

Matrimonio celebrado sin la presencia de los testigos exigidos.

Titularidad: Pueden intentar la acción correspondiente las mismas personas que tienen la facultad de hacerlo en los dos casos anteriores.

Caducidad: Transcurrido un año contado a partir de la celebración del matrimonio, éste no podrá impugnarse.

Convalidación: Por la omisión en el ejercicio de la acción en el lapso previsto en la ley.

Matrimonio del incapaz por razón de la cordura.

Titularidad: Corresponde al incapaz una vez rehabilitado, al tutor, al cónyuge sano y al Síndico Procurador Municipal.

Caducidad: La acción no puede ejercerse si la cohabitación entre los cónyuges continuó por un mes luego de revocada la interdicción.

Convalidación: Por la omisión en el ejercicio de la acción en el plazo señalado.

Matrimonio del incapaz por razón de la potencia sexual.

Titularidad: Corresponde exclusivamente al otro cónyuge.

Caducidad: En este caso la acción de nulidad no está sometida a lapso de caducidad.

Convalidación: En este caso el matrimonio no puede convalidarse, ni tácita ni expresamente.

Matrimonios con vicios del consentimiento.

Titularidad: La acción sólo puede interponerla el cónyuge cuyo consentimiento fue dado por error en la identidad del otro contrayente, o fue arrancado por violencia.

Caducidad: La acción caduca si, cesada la violencia o descubierto el error, los cónyuges cohabitan durante un mes.

Convalidación: Tácita: cuando no se ejerce la acción en el lapso previsto por la ley.

Expresa: Cuando el consentimiento matrimonial lo expresa una persona raptada, se presume con presunción iuris et de iure, arrancado por violencia. Si tal consentimiento es ratificado después de haber sido la persona devuelta a su plena libertad, el matrimonio convalida expresamente.

5.- Matrimonio putativo

A.- Concepto.- El matrimonio putativo es el matrimonio declarado nulo cuando concurre la circunstancia de que se reputa válido y, en consecuencia, produce efectos para el o los cónyuges de buena fe y siempre en relación con los hijos, desde su celebración hasta la fecha de la sentencia que declare su nulidad.

Análisis. Objetivamente, el matrimonio putativo es un matrimonio que ha sido declarado judicialmente nulo.

C.- Requisitos o presupuestos del matrimonio putativo.

Ellos son los siguientes:

- a) Matrimonio formalmente existente, matrimonio contraído; la unión concubinaria no puede ser considerada matrimonio putativo.
- b) Matrimonio declarado nulo por sentencia definitiva y firme.-
Para que pueda hablarse de matrimonio putativo es menester

que el matrimonio irregular haya sido declarado judicialmente nulo. Por eso, el matrimonio putativo implica, en todo caso, una referencia al pasado. Cuando el matrimonio es declarado nulo, si vale como putativo, vale para el pasado, en el lapso comprendido entre celebración y la declaración judicial de su nulidad.

- c) Buena fe. Como quiera que nuestra legislación concede efectos, respecto a los hijos, al matrimonio celebrado de mala fe por ambos contrayentes, la buena fe pierde su condición de requisito autónomo del matrimonio putativo y se convierte en presupuesto subjetivo, que sirve solamente para señalar la extensión de los efectos con relación a los cónyuges.

Efectos de la nulidad del matrimonio y del matrimonio putativo

El efecto normal de la declaración judicial de nulidad es eliminar, destruir el matrimonio como si no se hubiera celebrado jamás. *Quod nullum est, nullum effectum producit*, lo que es nulo, ningún efecto produce.

La sentencia de nulidad del matrimonio, normalmente, produce efectos desde la celebración del matrimonio para borrarlo de la vida jurídica, teniéndolo por no celebrado.

El matrimonio putativo es la excepción a los efectos normales de la sentencia de nulidad. En efecto, cuando el matrimonio declarado nulo, vale como putativo, la decisión que declare la nulidad produce efectos para el futuro, es decir, a partir de la fecha de tal sentencia y no desde la celebración del matrimonio que se reputa como válido, en el lapso comprendido entre la fecha en que se contrajo y la de la sentencia que declaró su nulidad.

XI. EFECTOS GENERALES DEL PATRIMONIO EN CUANTO A LOS CÓNYUGES

A.- Efectos personales.- La celebración del matrimonio crea en los esposos es estado conyugal, del cual derivan deberes y derechos. La declaración de nulidad afecta profundamente esta situación.

- a) Si los dos esposos celebraron el matrimonio que después fue declarado nulo, de mala fe, tal vínculo, por efecto de la sentencia de nulidad, se tiene por no celebrado y, en consecuencia, debe considerarse que jamás existió entre aquéllos el estado conyugal.
- b) El matrimonio declarado nulo fue celebrado de buena fe por ambos cónyuges y, por esa razón, vale como putativo entre ellos, desde su celebración hasta su declaración de nulidad. En este caso la sentencia de nulidad produce efectos a partir de la fecha en que fue dictada, sus efectos son sólo hacia el futuro y, en este aspecto, similares a los de la sentencia de divorcio.
- c) El matrimonio declarado nulo fue celebrado de buena fe por uno de los cónyuges. Para éste el matrimonio es eficaz en el lapso comprendido entre la celebración del matrimonio y su declaración judicial de nulidad. Para el otro cónyuge, para el de mala fe, se tiene como no celebrado.

B.- Efectos en relación con las capitulaciones matrimoniales.-

Las capitulaciones matrimoniales son pactos celebrados entre los futuros contrayentes para determinar el régimen patrimonial matrimonial que ha de regir durante el matrimonio. Las capitulaciones matrimoniales son contratos accesorios al matrimonio. Siguen su misma suerte.

- a) Ambos contrayentes fueron de mala fe: Las capitulaciones matrimoniales se tienen como no celebradas y, por ello, cada uno de los cónyuges debe restituir al otro lo que haya recibido en su ejecución. Quedan a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe.
- b) Ambos cónyuges fueron de buena fe: Las capitulaciones matrimoniales se tienen como válidas y, en consecuencia, son plenamente eficaces, desde la celebración del matrimonio hasta su declaración judicial de nulidad.
- c) Sólo un cónyuge fue de buena fe: Para éste las capitulaciones matrimoniales se reputan válidas en el lapso comprendido en-

tre la celebración del matrimonio y su declaración judicial de nulidad. Para el cónyuge de mala fe, como consecuencia de la sentencia de nulidad del matrimonio, éste queda eliminado de la vida jurídica y se tiene como no celebrado; lo mismo ocurre con las capitulaciones matrimoniales.

Ahora bien, es necesario aclarar que el cónyuge de buena fe no puede, sin embargo, pretender exigir al cónyuge de mala fe el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las capitulaciones matrimoniales, sin satisfacer las de él. Las capitulaciones matrimoniales son contratos únicos y bilaterales, por lo que ninguna de las partes puede exigir el cumplimiento de las obligaciones a la otra, sin satisfacer las que para ella derivan del mismo contrato.

C.- Efectos sobre la comunidad limitada de gananciales.- La comunidad limitada de gananciales es, en nuestra legislación vigente, el régimen patrimonial legal supletorio. Significa que si un hombre y una mujer se casan sin celebrar previamente capitulaciones matrimoniales, es decir, sin ejercer la facultad que la ley les reconoce de escoger el régimen patrimonial matrimonial, se aplica el régimen legal supletorio que, en Venezuela, es la comunidad limitada de gananciales.

D.- Efectos sobre la vocación hereditaria intestada.- Los derechos que cada uno de los cónyuges tiene en la herencia intestada del otro están regulados por las disposiciones contenidas en los artículos 823, 824 y 825 del Código Civil. Además el cónyuge no separado de bienes es heredero legitimario.

2.- Efectos de la nulidad del matrimonio en relación con los hijos.

El artículo 127 del Código Civil vigente, establece:

“El matrimonio declarado nulo produce efectos civiles tanto respecto de los cónyuges como respecto de los hijos, aun nacidos antes del matrimonio, si ha sido contraído de buena fe por ambos contrayentes.”

“Si sólo hubo buena fe de uno de los cónyuges, el matrimonio surte efectos civiles únicamente en favor de él y de los hijos.”

“Si hubo mala fe de ambos cónyuges, al matrimonio sólo produce efectos civiles respecto de los hijos.”

A.- Efectos en relación a la patria potestad sobre los hijos.-

La patria potestad sobre los hijos nacidos de un matrimonio declarado judicialmente nulo la seguirán ejerciendo el padre y la madre conjuntamente como, de acuerdo a la reforma del Código Civil de 1982, ocurre durante el matrimonio. En efecto, de conformidad con el primer aparte del artículo 261 del Código Civil vigente, durante el matrimonio la patria potestad sobre los hijos comunes corresponde, de derecho, al padre y a la madre, quienes la ejercerán conjuntamente, en interés y beneficio de los menores y de la familia.

En caso de nulidad del matrimonio, según lo dispuesto en el segundo aparte del artículo 261 del precipitado Código, se aplicarán las disposiciones correspondientes al Título IV “Del Matrimonio”, Libro Primero del mismo.

B.- Efectos en relación con la guarda de los hijos.- El artículo 128 del Código Civil reformado dispone: “La sentencia que anule el matrimonio determinará el progenitor que habrá de tener a su cargo la guarda de los hijos y la proporción en que cada progenitor contribuirá en el pago de la pensión alimentaria.”

“El Juez decidirá de conformidad con lo dispuesto en la Ley Especial de la materia.”

XII. RELACIONES PATRIMONIALES DE LOS CÓNYUGES

El matrimonio produce entre los cónyuges, además de importantes efectos personales, efectos patrimoniales que requieren regulación jurídica.

La regulación jurídica de la situación que el matrimonio instaura en la esfera patrimonial, constituye el régimen patrimonial matrimonial, llamado también régimen económico del matrimonio o régimen de los bienes en el matrimonio.

E.- Sistema venezolano.- El régimen patrimonial matrimonial que acoge el Derecho venezolano vigente es el sistema con contractual de libertad absoluta. Nuestra legislación, desde el Código Civil de 1862 hasta el actual, ha reconocido siempre una amplia libertad a los futuros contrayentes, para estipular, con ciertas limitaciones, las normas jurídicas que van a integrar su régimen patrimonial, matrimonial. Fuera de las restricciones previstas en la ley (artículos 141, parte final, 142 y 1650 del Código Civil y artículo 34 Ley sobre Derecho de Autor), los futuros contrayentes pueden acordar, mediante sus capitulaciones matrimoniales, lo que crean más favorable en relación con la regulación de sus relaciones patrimoniales matrimoniales.

El artículo 141 del Código Civil vigente establece:

“El matrimonio, en lo que se relaciona con los bienes, se rige por las convenciones de las partes y por la ley.”

Como toda legislación que adopta el sistema contractual o convencional de libertad absoluta, la nuestra prevé, para el caso de que los futuros contrayentes no hagan uso del derecho que la ley les reconoce de estructurar por sí mismos su régimen patrimonial matrimonial, un régimen legal supletorio; es decir, un régimen determinado en la ley y de aplicación forzosa, pero sólo cuando los contrayentes no ejerzan la facultad de estipular el régimen de los bienes en su matrimonio. El régimen legal supletorio en nuestro país es el de comunidad limitada de gananciales, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 148 del Código Civil que preceptúa:

“Entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes, de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio”.

En otros términos, conforme a nuestra legislación vigente, los futuros contrayentes tienen la facultad, que no la obligación, de determinar su régimen patrimonial matrimonial. Como es una facultad, pueden o no ejercerla. Si la ejercen y eligen su régimen patrimonial, el señalado por ellos será el que regulará sus relaciones económicas o pecuniarias, durante el matrimonio. Si no la ejercen, “Si no hubiere convención en contrario”, actúa la ley, suple el vacío dejado por los interesados e impone el sistema legal que es el de la comunidad limitada de gananciales.

Las capitulaciones matrimoniales

La facultad que tienen los futuros contrayentes, de conformidad con nuestra legislación vigente, de estipular su régimen matrimonial, se ejerce , mediante la celebración de pactos o capitulaciones matrimoniales.

XIII RÉGIMEN LEGAL SUPLETORIO:

La comunidad limitada de gananciales

En Venezuela, nuestra legislación, en lo atinente al régimen patrimonial matrimonial, acoge el sistema convencional de libertad absoluta, en virtud del cual acuerda a los futuros contrayentes, una amplia facultad de estipular el régimen que desean que regule sus relaciones patrimoniales durante el matrimonio.

Pero, como todas las legislaciones que adoptan en esta materia el sistema convencional, la nuestra establece un régimen legal supletorio que es el que ha de aplicarse en el caso de que los futuros contrayentes no ejercen la facultad que la ley les reconoce de escoger su régimen patrimonial matrimonial y celebren el matrimonio sin haberla hecho.

El régimen legal supletorio se aplica de manera forzosa, pero sólo cuando los esposos se casan sin haber ejercido el derecho que tienen de determinar su régimen patrimonial matrimonial. En este caso, en atención a la necesidad de régimen patrimonial en todo matrimonio, la ley suple el vacío producido por la falta de escogencia de aquél, por parte de los cónyuges, y ordena la aplicación del régimen legal supletorio.

En nuestro país, el régimen legal supletorio es el de la comunidad limitada de gananciales. En efectos, el artículo 148 del Código Civil preceptúa:

“Entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes, de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio”.

CONCLUSIÓN

De la familia dependía la organización de la sociedad, para que así existiese una familia bien conformada con base en un matrimonio perfectamente unificado, ya que de ello depende también la conformación de modelos adecuados, para las subsiguientes generaciones.

El matrimonio, el eje de todo el sistema jurídico familiar, sigue siendo la forma fundamental y más perfecta de constituir familia, base de la sociedad. La familia es la célula fundamental de la sociedad y el matrimonio es el fundamento de aquélla.

Para definir el matrimonio se proponen fórmulas diferentes:

En el sentido Jurídico- formal, se pone el acento en la nota de legalidad y se define el matrimonio como el estado de dos personas de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley.

Las definiciones de carácter sociológico destacan la nota de permanencia del matrimonio. “El matrimonio es una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer que se prolonga más allá del acto de la reproducción y hasta después del nacimiento de la prole”.

Las definiciones teológicas giran alrededor del fin del matrimonio. Las mejores atienden a la finalidad físico-espiritual e integral. Kipp y Wolf definen el matrimonio como “la unión del hombre y de la mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida”.

Si coordinamos las definiciones anteriores, podremos lograr una mixta en la cual se destaquen la legalidad y la permanencia como notas características del matrimonio y, además, su finalidad integral. Así diríamos que el matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer para establecer entre ellos una plena y perpetua comunidad de vida.

La importancia del matrimonio deriva de su condición de fundamento de la familia, por lo que se le considera como la institución básica del Derecho de Familia.

El Código Canónico, por su parte, señala como fines primarios la conservación de la especie y la educación de la prole y, como fines

secundarios, el mutuo auxilio entre los cónyuges y el remedio a la concupiscencia.

En el Derecho Romano el matrimonio sólo era posible entre ciudadanos romanos, la unión de libres con esclavos o de éstos entre sí, se llamó contubernio.

El matrimonio en el Derecho Romano era un hecho al que se reconocían efectos jurídicos.

El matrimonio romano era perpetuo y disoluble .

Se distinguían dos tipos de matrimonio: el cum manus, en el cual la esposa pasaba a estar bajo la autoridad del marido o del pater familia de éste, y el sine manus, en el cual la mujer permanecía bajo la potestad de pater familia.

En el Derecho Canónico, las dos características más importantes del matrimonio canónico son la unidad y la indisolubilidad. Unidad, porque sólo es posible el matrimonio entre un hombre y una mujer. Indisolubilidad, porque no puede disolverse durante la vida de los cónyuges.

El Derecho Civil Moderno los caracteres del matrimonio son los siguientes:

Unidad, perpetuidad, laicismo, solemnidad, consentimiento, e intervención del Estado a través del funcionario público.

Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio existen en doctrina distintas opiniones:

Teoría contractualista : el matrimonio es un contrato; su naturaleza jurídica es contractual.

Teoría que sostiene que el matrimonio es un negocio jurídico complejo, perfeccionado mediante el concurso de la voluntad de los particulares (representado por el consentimiento de los contrayentes) y del Estado (a través del funcionario público competente).

EL MATRIMONIO

Otra opinión doctrinal afirma que la naturaleza jurídica del matrimonio se puede considerar desde dos ángulos. En el momento de su celebración es un negocio jurídico y como fuente de estado familiar legal objetiva, es una institución.

Según el Catecismo de la Iglesia Católica el matrimonio es considerado un Sacramento:

1601 “La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.”

Previamente a la celebración del matrimonio, los futuros contrayentes pueden prometerse en matrimonio. La promesa recíproca de futuro matrimonio recibe el nombre de esponsales.

La ruptura de la promesa matrimonial deja sin efecto todas las donaciones que con ocasión del matrimonio hubiere hecho un novio a otro o un tercero a cualquiera de los futuros contrayentes o a ambos. La ruptura, por sí sola, no engendra ninguna consecuencia jurídica.

Los requisitos para contraer matrimonio se clasifican en requisitos de forma y requisitos de fondo. Los requisitos de forma se relacionan con la celebración de matrimonio. Los de fondo, son todos aquellos exigidos por el legislador y que no se refieren a las formalidades que deben cumplirse previamente a la celebración del matrimonio o durante ella.

El matrimonio en el Derecho Civil moderno es un acto solemne. Esto significa que para que se perfeccione es menester cumplir los requisitos de forma o formalidades establecidas por la ley.

Las formalidades del matrimonio son los requisitos de forma del matrimonio y éstos son aquellos que se relacionan directamente con su celebración.

La nulidad del matrimonio es una sanción civil represiva y excepcional determinada por la transgresión, en la celebración del matrimonio, de ciertas disposiciones legales y cuyo efecto, por regla general,

es hacer desaparecer el matrimonio de la vida jurídica, como si nunca se hubiese celebrado.

El efecto de la nulidad del matrimonio, por regla general, es hacer desaparecer el matrimonio de la vida jurídica como si nunca se hubiera celebrado. La excepción a esta regla general es el matrimonio putativo. En efecto, cuando el matrimonio declarado nulo vale como putativo, tal matrimonio se tiene como válido en el lapso comprendido entre la fecha de su celebración y la de la sentencia definitiva y firme que declare su nulidad.

Se distinguen dos clases : nulidad absoluta o nulidad propiamente dicha y nulidad relativa o anulidad.

La nulidad absoluta del matrimonio es una especie de nulidad. En consecuencia, puede definirse como la sanción civil, represiva y excepcional determinada por la transgresión, en la celebración del matrimonio, de una disposición establecida por el legislador, con la finalidad exclusiva de proteger el orden público y cuyo efecto es, por regla general, eliminar el matrimonio de la vida jurídica y considerarlo como no celebrado.

La nulidad relativa es la sanción civil, represiva y excepcional determinada por la transgresión, en la celebración del matrimonio, de una norma que, si bien es de orden público, como todas las que regulan los requisitos de fondo y de forma para contraer matrimonio, ha sido establecida por el legislador con el objeto de proteger especialmente los intereses de un contrayente o de ambos.

El matrimonio putativo: es el matrimonio declarado nulo cuando concurre la circunstancia de que se reputa válido y, en consecuencia, produce efectos para el o los cónyuges de buena fe y siempre en relación con los hijos, desde su celebración hasta la fecha de la sentencia que declare su nulidad.

El efecto normal de la declaración judicial de nulidad es eliminar, destruir el matrimonio como si no se hubiera celebrado jamás. *Quod nullum est, nullum effectum producit*, lo que es nulo, ningún efecto produce.

EL MATRIMONIO

Efectos personales: La celebración del matrimonio crea en los esposos estado conyugal, del cual derivan deberes y derechos. La declaración de nulidad afecta profundamente esta situación.

Efectos en relación con las capitulaciones matrimoniales: Las capitulaciones matrimoniales son pactos celebrados entre los futuros contrayentes para determinar el régimen patrimonial matrimonial que ha de regir durante el matrimonio. Las capitulaciones matrimoniales son contratos accesorios al matrimonio. Siguen su misma suerte.

Efectos sobre la comunidad limitada de gananciales: La comunidad limitada de gananciales es, en nuestra legislación vigente, el régimen patrimonial legal supletorio. Significa que si un hombre y una mujer se casan sin celebrar previamente capitulaciones matrimoniales, es decir, sin ejercer la facultad que la ley les reconoce de escoger el régimen patrimonial matrimonial, se aplica el régimen legal supletorio que, en Venezuela, es la comunidad limitada de gananciales.

El matrimonio produce efectos entre los cónyuges, efectos patrimoniales que requieren regulación jurídica.

La regulación de la situación que el matrimonio instaura en la esfera patrimonial, constituye el régimen patrimonial matrimonial, llamado también régimen económico del matrimonio o régimen de los bienes en el matrimonio.

En Venezuela, nuestra legislación, en lo atinente al régimen patrimonial matrimonial, acoge el sistema convencional de libertad absoluta, en virtud del cual acuerda a los futuros contrayentes, una amplia facultad de estipular el régimen que desean que regule sus relaciones patrimoniales durante el matrimonio.

La nuestra establece un régimen legal supletorio que es el que ha de aplicarse en el caso de que los futuros contrayentes no ejercen la facultad que la ley les reconoce de escoger su régimen patrimonial matrimonial y celebren el matrimonio sin haberla hecho.

La disolución del matrimonio es la extinción de un matrimonio válidamente contraído.

El divorcio en Venezuela : El divorcio vincular fue introducido en la legislación venezolana por el Código Civil de 1904. Antes sólo existía la separación de cuerpos (*divortium quod et mensam*), aunque era denominada divorcio en nuestra legislación.

El divorcio es causa de disolución del matrimonio y, por ello, afecta la estabilidad de la familia.

El divorcio según el catecismo de la Iglesia Católica:

Entre bautizados, “El matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano ni por ninguna causa fuera de la muerte.”

El divorcio es una ofensa grave a la ley natural. Pretende romper el contrato, aceptado libremente por los esposos, de vivir juntos hasta la muerte.

El divorcio adquiere también su carácter inmoral a causa del desorden que introduce en la célula familiar y en la sociedad. Este desorden entraña daños graves: para el cónyuge, que se ve abandonado; para los hijos, traumatizados por la separación de los padres, y a menudo viviendo en tensión a causa de sus padres; por su efecto contagioso, que hace de él una verdadera plaga social.

Para concluir me parece significativo resaltar la importancia de la familia para la vida de la persona y de la sociedad, que se cumple de modo universal, adquiere si cabe mayor trascendencia en la América Latina, donde nuestros pueblos buscan aún el camino del desarrollo, con un acelerado ritmo de crecimiento poblacional, con ingentes necesidades de todo orden y no pocas presiones externas por parte de poderosos intereses económicos internacionales, que subordinen el bien humano a su propio afán de lucro. Por que el desarrollo tiene su principio y su meta en el hombre, que recibe la vida y la formación.

El compromiso de ayudar a la familia, estimularla, protegerla, asistirle en el cumplimiento de sus funciones esenciales, requiere de un esfuerzo común: de la Iglesia, el Estado, la sociedad civil en sus variadas manifestaciones. No se trata solamente de plantear en el terreno del deba-

EL MATRIMONIO

te jurídico, el análisis de las leyes que deben regir la vida familiar: Se trata, sobre todo, de reforzar los postulados éticos en la familia, para así lograr formar una sociedad cuya familia este bien constituida y formada.

FORMAS ORIGINARIAS DE ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO JUSTINIANO

Stefanía Level Barreto

Consideraciones Iniciales

La idea de Propiedad como derecho a usar, gozar, y disponer de una cosa, constituyó desde el principio de la historia de Roma, uno de los conceptos fundamentales de su pensamiento jurídico, así como de su organización socio-económica.

Justiniano realizó una altísima sistematización de los logros jurídicos alcanzados hasta entonces; esa claridad expositiva llegó a su epitome en sus Instituciones publicadas entre el 529-533, elaborados por una comisión de diez miembros, cuya labor era compilar en una sola obra los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, añadiendo las Constituciones posteriores y tachando las repeticiones, contradicciones y las reglas caídas en desuso, y teniendo cuidado en respetar el orden cronológico.

En dichas instituciones, Justiniano dedica en el libro 2 (dos) Título I (primero), la explicación de los modos de adquisición de la propiedad de modo originario, dentro de los cuales se destacan la ocupación, la adquisición de tesoros, la accesión, la especificación, la compensación y la commixión, así como la adquisición originaria de frutos.

Napoleón al igual que Justiniano, otorgó una gran importancia a los modos originarios de adquisición de la propiedad, lo cual se reflejó en la extensión y minuciosidad con que fue regulada esta materia en el Code Civile de 1804.

Nuestro Código Civil, heredero de esta tradición justiniana y napoleónica a través del Código Civil Italiano de 1842, regula la adquisición originaria de la propiedad en los artículos siguientes: del 552 al 570 y del 797 al 806, entre otros; manteniendo fundamentalmente las mismas categorías recogidas en la compilación justiniana, por lo cual es relevante para un amplia y profunda comprensión de nuestro ordenamiento, el recurrir al estudio siempre actual, de las bases mismas del pensamiento jurídico de nuestra civilización occidental.

***Aspectos generales sobre la Adquisición de la Propiedad en el
Derecho Justiniano***

La adquisición de la propiedad en el Derecho romano tenía diferentes modalidades. La primera gran distinción era entre la adquisición de la propiedad *Inter vivos* y la *mortis causa*, es decir, aquella que operaba a través de una sucesión.

El Derecho romano reconocía que la adquisición de la propiedad podía basarse en los preceptos universalmente reconocidos, del Derecho natural o en las particulares soluciones a un sistema dado (J.2.1.11). Por lo tanto era una conclusión racional el que una cosa que no tiene propietario estuviera abierta a ser adquirida por un ocupante, mientras la *traditio*¹ pudiera ser vista como un modo natural de adquisición (J.2.1.40), la manera y los medios por los cuales se adquiere la propiedad a través de la prescripción, era una materia a ser determinada por los sistemas legales particulares. Teniendo presente esto, Justiniano dividió los modos de adquisición en Naturales y Civiles. Los primeros eran aquellos comunes a todos los pueblos, apareciendo ante la *naturalis ratio*² como suficientes para adquirir la propiedad; los segundos eran aquellos específicamente romanos, consistentes en formalidades o solemnidades a las que el *Ius civile* confiere tal virtualidad.³ Gayo describía esta distinción de la siguiente manera:

Adquirimos la propiedad de algunas cosas bajo el derecho de gentes, el cual es observado por la razón natural entre todos los hombres, adquirimos la propiedad de otras cosas bajo el derecho civil, el cual es peculiar a nuestra ciudad. Y dado que el derecho de gentes es el más antiguo, debido a que es el producto de la misma naturaleza humana, es necesario que lo tratemos primero. (D.14.1.1.pr.)⁴.

¹ *Traditio*: Modo derivativo no solemne de transmitir la propiedad en virtud de la entrega de la cosa con intención de transferirla y de una justa causa.

² *Naturalis Ratio*: Razón natural o humana; lógica de las cosas, es decir, lógica de las instituciones jurídicas.

³ GUTIÉRREZ ALVIZ y ARMARIO Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial Reus S.A., p. 468,0

⁴ GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Tomo 3. Digesto, Editorial Lex Nova, Barcelona, 1897.

La adquisición de la propiedad *Inter vivos* reflejaba otra importante diferencia a la hora de analizar la adquisición. Esta distinción era la existente entre la adquisición originaria y la derivada. La adquisición era originaria cuando el adquirente obtiene su título *ex novo*, como es el caso en el que alguien hubiera tomado para sí mismo una cosa que no tenía propietario anterior, y por lo tanto, se encontraba abierta a ser adquirida por el primer tomador. Sin embargo se consideraba derivada cuando una de las partes, ya propietaria, transmitía su derecho a otra, la cual lo recibe convirtiéndose de esta manera en propietario.

La importancia de esta distinción estribaba en el hecho de que los modos de adquisición de derecho civil estaban restringidos para aquellos que gozaban del *ius commercium*, es decir, principalmente para los ciudadanos romanos. Mientras los modos de derecho de gentes podían ser utilizados tanto por estos como por aquellos que no lo eran.

Formas Originarias de Adquisición de la Propiedad

Justiniano en sus Institutas, estableció cinco modos originarios de adquisición de la propiedad, que se explicaran con detenimiento a lo largo del ensayo. Ellos son: La Ocupación, la Adhesión, la Especificación, la Mixtura y Fusión y por último, los frutos.

1) La Ocupación

La ocupación consistió en apoderarse del objeto, o sea en la toma de posesión de una cosa que no pertenece a nadie (*res nullius*⁵) con intención de hacerla propia. Este señorío de hecho (o *possessio*, como entienden esta palabra los romanos) es reconocido por la ley como señorío jurídico, ya que precisamente por ser la cosa *nullius*, no se perjudica a nadie. La ocupación era el tipo de los modos de Derecho Natural.⁶

(J.2.1.12-17, 39, 46-48).

En varias situaciones se podía obtener la titularidad tomando posesión de una cosa que estuviera abierta a la adquisición, siempre que

⁵ *Res Nullius*: Cosa de nadie; cosas que carecen de dueño, bien por no haberlo tenido o por haber desaparecido la titularidad del anterior propietario.

⁶ BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, Instituto de Editorial Reus, Madrid 1959. P.256

en el momento no fuera propiedad de nadie (G.2.66). Desde el punto de vista de los principios de Derecho privado, los ejemplos más importantes de ocupación eran aquellos relativos a los animales salvajes y a las cosas abandonadas.

Los caracteres esenciales a la ocupación eran los siguientes: en primer lugar, la cosa debía ser susceptible de ser adquirida como propiedad privada por no tener otro propietario. En segundo lugar, debía haber un ejercicio de la posesión con la intención del ocupante de adquirir la propiedad; debido a que la intención de adquirir la propiedad usualmente se infería del acto de tomar la cosa. Por tanto era necesario determinar en qué momento se tomó la cosa efectivamente (J.2.1.12).

En relación con los animales salvajes estaba bien establecido el principio de que lo adquiría el primero que las tomara, y esto era así sin importar si se había configurado la posesión. Justiniano resaltó el punto (J.2.1.12) según el cual, aunque el propietario de un terreno tuviera el derecho a expulsar a cualquier cazador de animales salvajes que se encontrara introducido en su terreno, éste adquiría la propiedad sobre cualquier animal salvaje que cogiera. A pesar de que se haya establecido de manera natural un habitat permanente de animales salvajes en un terreno determinado, el propietario del mismo no se hará dueño de aquellos. Así por ejemplo un enjambre de abejas salvajes no pertenecía a nadie (*res nullius*) y estaba abierto a ser adquirido sin importar el lugar donde hicieran la colmena (J.2.1.14). Lógicamente su miel era una *res nullius* y no era susceptible de hurto.

Así, pues, todos los animales que son cogidos en la tierra, en el mar, en el aire, esto es, las bestias silvestres, y las aves, y los peces, se hacen de los que los cogen. (D.41.1.1.1)⁷

Hubo cierto debate sobre si un animal que estuviera seriamente herido se podía considerar apropiado o provisionalmente tomado mientras que el cazador se encontrara en su búsqueda. Justiniano rechazó esta noción amplia de apropiación, por tanto, produjo mucha incertidumbre. La propiedad de una animal salvaje se perdía cuando éste recobraba su libertad natural y, por supuesto, a partir de entonces, volvía a estar

⁷ GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Tomo 3. Digesto, Editorial Lex Nova, Barcelona, 1897.

abierto a la adquisición (J.2.1.12; G.2.67). El derecho del captor se consideraba terminado cuando el animal escapaba de su vista o aún estando a su vista si su persecución era muy difícil (J.2.1.12). Sin embargo, algunos animales salvajes una vez adquiridos, permanecían siendo objeto del derecho de propiedad siempre que retuvieran el hábito de retornar (*animus revertendi*). Las palomas y las abejas eran los ejemplos más conocidos, pero las fuentes también mencionan los pavos y los ciervos (J.2.1.15; G.2.68). En el caso que sobreviniera la pérdida del *animus revertendi* en una animal de esta clase, una vez que saliera del dominio del dueño, volvía a convertirse en una *res nullius* (J.2.1.15).

El derecho de propiedad como el último complejo de derechos y poderes sobre una cosa, necesariamente comprendía un ilimitado derecho de disposición, incluyendo la terminación voluntaria por el acto de abandono. Una vez abandonada la cosa (una *res derelicta*) ésta estaba abierta a la adquisición por ocupación. El hecho de que una cosa fuera físicamente abandonada no significaba necesariamente que el propietario deseaba dar por terminado su derecho sobre la cosa. No se perdía la propiedad sobre aquellas cosas que eran lanzadas por la borda para aligerar una nave en peligro (J.2.1.48). Justiniano estableció que esta situación es análoga a aquellas cosas que se caen de un vehículo en movimiento sin el conocimiento de sus dueños. Aunque este último caso no implica la realización de un acto por parte del propietario, la relevancia de la analogía radicó en el hecho en que en ninguno de los dos casos se podía inferir que se había abandonado la propiedad.⁸

Otra es la condición de las cosas que en caso de borrasca se arrojan al mar para aligerar la nave; porque éstas permanecen siendo de sus dueños, pues no son arrojadas porque uno no quiere tenerlas, sino para huir mejor con la misma nave del peligro del mar; por cuya causa, si alguno, habiendo sido arrojadas por las olas, o aun si habiéndolas cogido en el mismo mar, las hubiere quitado con intención de lucrarse con ellas, comete hurto. (D.41.1.9.8)⁸.

Normalmente el descubrimiento de un tesoro era tratado como un modo de adquisición distinto, pero ni su importancia práctica ni su

⁸ GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Tomo 3. Digesto, Editorial Lex Nova, Barcelona, 1897.

significación desde el punto de vista de los principios legales lo justifica. Se puede hacer notar que un tesoro escondido no era una *res derelicta*⁹: difícilmente se podría inferir la intención de abandonar la propiedad. Era materia de los sistemas legales particulares determinar a quién correspondían los derechos sobre un tesoro descubierto. Adriano (117-38) estableció las reglas que fueron recogidas en las Institutas (J.2.1.39). Cuando un hombre encuentra un tesoro en su propia tierra puede conservarlo; si el descubrimiento fue hecho accidentalmente en la tierra de otra persona, el tesoro se debía repartir entre el dueño del terreno y quien hizo el descubrimiento; si el descubrimiento fue el resultado de una búsqueda, el dueño del terreno adquiriría la totalidad del tesoro. Es de hacer notar que el *fiscus* solo se beneficiaba si el Estado era el dueño del terreno.

Un tesoro es cierto antiguo depósito de dinero, del cual no queda memoria, de suerte que ya no tenga dueño, pues de este modo se hace del que lo hubiere encontrado, porque no es de otro; pero si alguien hubiere escondido bajo tierra alguna cosa por causa o de lucro, o de miedo, o de custodia, esto no es tesoro; y respecto de ello se comete también hurto (D.41.1.31.1).¹⁰

2) La Accesión

Se llamaba *accessio*¹¹ a la adquisición de la propiedad que se realizaba por efecto de la conjunción de dos cosas, una principal y otra accesoria, cuando la cosa accesoria era absorbida por la cosa principal, de tal modo que se convirtiera en parte o elemento constitutivo de ella. El propietario del todo era el propietario de la cosa principal; *accessio cedit principali*.

En el Derecho Clásico, los criterios para la determinación de la cosa principal variaban, según nuestra opinión, entre las dos escuelas;

⁹ *Res Derelicta*: Cosa abandonada; aquella a cuya propiedad ha renunciado su titular por un acto de abandono.

¹⁰ GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Tomo 3. Digesto, Editorial Lex Nova, Barcelona, 1897.

¹¹ Propiamente el nombre no es romano. *Accessio* significa para los romanos una conjunción o relación cualquiera de cosa a cosa, sea una de ellas parte o cosa accesoria, esto es, no ligada formando unidad con la cosa personal.

para los Sabinianos la cosa principal era la de mayor volumen, o por lo menos de mayor valor; para los Proculeyanos, cuya doctrina puede considerarse traspasada al Derecho justiniano, la cosa principal era la que determina la esencia, o sea, como diríamos nosotros, la función social del todo; por lo cual, entre cosas homogéneas ellos no reconocen accesión.¹²

El Derecho romano de la propiedad en varias situaciones reconoció la idea de un objeto accesorio formando parte de una cosa principal de la cual se podía decir que pertenecía (*accessio*). La aplicación más importante era el caso de la unión de dos cosas separadas dando lugar a una sola cosa sobre la base de que la accesoría sea subsumida en la principal. Cuando esto ocurre, el propietario de la cosa principal adquiría la cosa accesoría en el mismo momento en que se producía la unión. Otro aspecto del concepto era el reconocimiento de que en principio el producto o progeñe de la cosa objeto de propiedad, aún siendo una cosa separada, pertenecía al propietario de la cosa principal.

En las Institutas se regulaban de manera específica los diferentes casos relacionados con los cambios naturales de la tierra, ya sea por incrementos imperceptibles por un río que altera su curso, o por la fuerza de las corrientes de las aguas, pero estos casos son en cierto grado aplicaciones especializadas del concepto de accesión (J.2.1.20-24;G.2.70-72).Sin embargo, la aplicación más importante del concepto con relación a la tierra era la relativa a la erección y mejora de edificios (*inaedificatio*¹³).

En el caso de la accesión a la tierra no implicaba ninguna dificultad en cuanto a la identificación del elemento principal en la unión de las dos cosas. Sin importar el valor la tierra siempre era el elemento principal: "Cualquier cosa construida sobre la tierra se hace parte de la tierra" (J.2.1.29; cfr. G.2.73). El Derecho Romano dio efecto al principio de accesión en el caso de *inaedificatio* a través de un compromiso hasta cierto grado insatisfactorio. Se entendía que la consecuencia de la accesión era que la cosa accedida no podía ser reclamada en tanto que la estructura se mantuviera en pie, pero el "propietario" podía reclamarla una vez que el edificio fuera desmantelado. Decimos que este era un com-

¹² BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, Instituto de Editorial Reus, Madrid 1959. P. 260

¹³ *Inaedificatio*: Caso de accesión de mueble a inmueble, determinado por la edificación sobre el suelo ajeno.

compromiso insatisfactorio porque era una distorsión del principio. No se podía mantener ningún derecho una vez operada la accesión, debido a que el primer efecto de ésta era el terminar con la existencia separada de la cosa accedida.

La *actio de tigno injuncto* otorgaba la posibilidad de compensar al dueño de los materiales en el caso de que se hubieran usado materiales robados o hurtados en la erección del edificio (J.2.1.29). Esta era una acción del titular de la propiedad de los materiales, contra aquél que los usó, ignorando éstos habían sido robados (Ulpiano, D.47.3.1.2).

La accesión a la tierra también ocurría en el caso de cualquier cosa que echara raíces sin importar las circunstancias en las cuales se había realizado la plantación o siembra al voleo (J.2.1.31). Gayo (G.2.74) consideraba esta una forma más fuerte de accesión que la *inaedificatio*. Esto no significa que hubieran grados de accesión, sino que era más fácil de identificar el fenómeno cuando se presentaba bajo ciertas formas.

Cuando el constructor o el sembrador era una poseedor *bona fide* de la tierra estaba en una posición relativamente fuerte desde el punto de vista de la compensación. La defensa por fraude (*exceptio doli mali*¹⁴) estaba disponible como una defensa contra la parte que buscaba reivindicar la propiedad en cuestión. Esto permitía al poseedor *bona fide* retener la cosa principal estando pendiente de la compensación (J.2.1.30).

Se desarrollaron normas especiales con relación a la escritura y a la pintura. Los caracteres escritos accedían al papel o a otro material sobre el cual se escribieran (J.2.1.33; G.2.77). Por supuesto, en el caso de cualquier forma de escritura, la cuestión de la propiedad de la composición incorpórea era más importante que determinar quién era el dueño de los caracteres. El tema de los derechos de autor ni siquiera fue esbozado en las Institutas, pero la conclusión fue que el dueño del papel era a su vez propietario de las entidades corporales (caracteres) escritos sobre su papel, pero no era el dueño de la composición como tal, la cual permanecía siendo propiedad del autor.

¹⁴ *Exceptio Doli Mali*: Excepción concedida frente al demandante culpable de un acto doloso a fin de que no prospere la acción entablada por él en demanda del cumplimiento del acto o negocio jurídico viciado. Tiene el carácter de perpetua y perentoria.

El caso de la pintura de un cuadro produjo cierta controversia, pero el punto de vista más aceptado consideraba que el lienzo o la tabla accedía a la pintura (J.2.1.34). En el caso del cuadro (en contaste a la composición literaria o musical) la cualidad estética incorporal era inseparable de la entidad corporal. En base a esto se hizo una distinción entre las reglas aplicables al caso de la pintura y de la escritura, la cual Gayo (G.2.78) consideró que no poseía la suficiente fundamentación.

Como en otros ejemplos de accesión, un poseedor *bona fide* que hubiera puesto dinero en la cosa, estaba protegido por la *exceptio doli* en contra de la eventual reivindicación del propietario (J.2.1.33, 34). Difícilmente se podía considerar que esto tuviera una función más que teórica en relación a los caracteres escritos sobre un papel. En el caso de una pintura en la cual se presentara la improbable situación de que el pintor hubiera perdido la posesión, sólo podría reivindicar después de haber compensado primero al anterior propietario del lienzo, si en la que se presentaba a situación igualmente improbable de que este último hubiera actuado de buena fe (J.2.1.34).

En todos los casos de accesión, la parte que haya sido desposeída tenía una acción personal en contra de aquél que hubiera procurado la accesión por medio de actos ilícitos o actuado de mala fe (J.2.1.26). Sin embargo, no se admitía una acción únicamente basada en el enriquecimiento injustificado del propietario de la cosa principal.

Cuando alguno hubiere edificado en ligar suyo con materiales ajenos, se entiende que el mismo dueño lo es del edificio, porque todo lo que en el se edifica cede al suelo. Más el que fue dueño de los materiales no por eso dejó de ser dueño de ellos, sino que no puede reivindicarlos mientras tanto, ni ejercitar respecto de ellos la acción de exhibición por virtud de la ley de las Doce Tablas, en la cual se dispone que nadie sea obligado a quitar la viga ajena puesta en su casa, sino a pagar por ella el duplo. Mas con la denominación de vigas se significan todos los materiales con que se hacen los edificios. Luego si por cualquier causa se arruinó el edificio, podrá el dueño de los materiales reivindicarlos entonces, y ejercitar la acción de exhibición. (D.41.1.7.10)¹⁵

¹⁵ GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Tomo 3. Digesto, Editorial Lex Nova, Barcelona, 1897.

3) Especificación

J.2.1.25

La producción de una entidad nueva y distinta a través de un proceso o manufactura en la cual se utilizan objetos propiedad de dos o más partes (*specificatio*), necesariamente condujo a preguntarse de quién serían los derechos de propiedad sobre el nuevo producto. De la misma manera, se necesitaba solucionar el caso de una cosa hecha por una persona que no era propietaria de los materiales que utilizó en su elaboración, como cuando un hombre hacía vino o aceite utilizando las uvas o las olivas de otra persona (J.2.1.25). Pero la adopción de una solución definitiva fue muy controversial; como Gayo señaló (G.2.79), una escuela de juristas se inclinaba por otorgar al dueño de los materiales la propiedad de la cosa nueva, mientras que la otra escuela buscaba conceder la propiedad del producto final al artífice en base a su contribución. Justiniano (J.2.1.25) resolvió esta controversia a través de una solución de compromiso. Se prefería al dueño de los materiales, si el nuevo producto se podía reducir a sus partes constitutivas, si no se prefería al artífice. Pero si el artífice de una cosa indivisible también había contribuido con los materiales ostentaría la propiedad del producto final .

Si se aplicaba la especificación, se reconocía la propiedad sobre la nueva entidad al artífice con exclusión de cualquier derecho del propietario anterior de los materiales constitutivos.

Se producían las consecuencias propietarias de la especificación aún cuando el especificador hubiera actuado de mala fe; en principio, el acto de la especificación era simplemente un ejemplo de la absorción de la propiedad de otro, pero obviamente, en los casos en que el especificador había actuado de mala fe, eran potencialmente aplicables a acciones personales, similares a aquellas que se aplicaba en el caso de una accesión de mala fe (J. 2.1.26).

Quando alguno hubiere hecho en su nombre alguna cosa con materia de otro, opinan Nerva y Próculo, que es dueño el que la hubiere hecho, porque lo que se hizo no había sido antes de nadie. Sabino y Casio opinan, que la razón natural hace más bien que el mismo que haya sido dueño de la materia sea también dueño de lo que se haya

hecho de la misma materia, porque sin la materia no se podría hacer ninguna cosa; por ejemplo, si con oro o plata, o bronce hubiere yo hecho algún vaso; o si con tablas tuyas yo hubiere hecho una nave o una armario o escaños; o con lana tuya un vestido; o con vino y mil mulso; o con medicamentos tuyos un emplasto o un colirio; o con uvas, o aceitunas, o espigas tuyas vinos, o aceite, o trigo. Pero hay también la opinión intermedia de los que juzgan con razón, que, si la cosa pudiera convertirse en la materia, es más verdadero lo que opinaron Sabino y Casio; y si no pudiera convertirse, que es más verdadero lo que les pareció bien a Nerva y a Próculo; por ejemplo, un vaso forjado puede convertirse en masa informe de oro, o de plata, o de bronce, pero el vino, o el aceite, e el trigo, no se puede convertir en las uvas, las aceitunas, y las espigas, y tampoco ciertamente el mulso se puede convertir en miel y el vino, o el emplasto o los colirios en los medicamentos. Pero a mi me parece, que con razón, dijeron algunos que no se debe dudar que el trigo sacado de espigas ajenas es de aquel de quien también fueron las espigas; porque los granos, que se contienen en las espigas, tienen perfecta su especie, y el que trilló las espigas no hace una nueva especie, sino que descubre la que existe. (D.1.1.7.7)¹⁶

4) *Mixtura y Fusión*

El mero hecho de mezclar dos objetos sólidos (*commixtio*¹⁷) no llevaba necesariamente a un cambio de propiedad. No había cambio cuando ovejas pertenecientes a diferentes personas se mezclaban formando una solo rebaño (J.2.1.28). Un rebaño no constituyó en tal grado una entidad singular que excluía la existencia independiente, como separados objetos de propiedad, a las ovejas individualmente consideradas.

Cuando la naturaleza de los objetos mezclados hacía imposible la identificación de las respectivas contribuciones -como el caso de la mezcla de trigo-, la participación en la propiedad sería en proporción de lo que habían contribuido (J.2.1.28). Como señaló Justiniano, al final la

¹⁶ GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Tomo 3. Digesto, Editorial Lex Nova, Barcelona, 1897.

¹⁷ *Commixtio*: Mezcla de cosas sólidas de un mismo género, jurídicamente constitutivo de un modo de adquirir la propiedad, determinando una situación de copropiedad a favor de los titulares de las cosas mezcladas, no existiendo accesión, por no poderse distinguir una cosa principal y otra accesoria, ni especificación por no surgir de una mezcla, un nuevo objeto, una nueva especie.

determinación de las respectivas participaciones en la propiedad sería una materia de discreción judicial.

5) *Frutos*

J.1.2.35-38

La propiedad romana, al estar comprendida por los derechos de *usus*, *fructus*, y *abusus*, estaba abierta a ser dividida de acuerdo a estos derechos. Estos significados podían otorgar el *usus* y el *fructus* a personas distintas al propietario, mientras que éste retenía el derecho de disponer de la cosa (*abusus*) el cual sí era fundamental para la propiedad.

Los frutos de la propiedad incluían los productos de la tierra y las crías de los animales (J.2.1.37), y por extensión lógica, cualquier beneficio financiero en base a la propiedad (D.22.1.36). A estas dos clases de *fructus* se les denominaba, respectivamente, como frutos naturales y civiles. La posición más generalizada era reconocer que el propietario tenía derecho sobre los frutos de su propiedad, y que el hecho de que llegaran a tener una existencia separada por separación de la entidad matriz, era una consideración irrelevante. Sin embargo, el Derecho romano reconocía que una vez ocurrida la separación era posible que una persona distinta del propietario adquiriese los frutos.

El caso más obvio de adquisición de frutos por un no propietario, era el del usufructuario (J.2.1.36). Aquél que no era propietario pero tenía el derecho al uso y a los frutos de una cosa, se convertía en propietario de los frutos mediante el acto de la recolección de los mismos (*fructum perceptio*¹⁸). De esta manera, el titular del derecho real de usufructo sobre una parcela de tierra, adquiría los frutos del suelo mediante el acto de tomarlos para sí mismo. El requisito de que el fruto fuera efectivamente tomado significaba que una vez ocurrida la terminación del usufructo todos los frutos que no hubieran sido tomados pasaban a ser del propietario.

Los frutos eran adquiridos por el poseedor *bona fide* de la cosa principal una vez ocurrida la separación de este (*fructuum separatio*;

¹⁸ *Fructum Perceptio*: Frutos naturales separados de la cosa fructífera mediante un acto de percepción de la persona que tiene derecho a ellos y que entra en posesión de los mismos por su aprehensión.

J.2.1.35). El poseedor *bona fide* era aquél que honestamente creía que tenía derecho a la propiedad productora de los frutos, pero un alegato de poseer con buena fe solamente podría ser creíble si estaba sustentado por las circunstancias. Esto significaba que en la práctica un poseedor *bona fide* era aquel que había obtenido la cosa en circunstancias coherentes con la adquisición de la propiedad (J.2.1.35). De acuerdo con lo anterior, un poseedor *mala fide* no tenía derecho a consumir los frutos y además era responsable si lo hacía.