

**REVISTA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y POLITICAS**

Año XXXVIII

Caracas / 1993

Nº 87

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Simón Muñoz
Rector

José María Cadenas
Vicerrector Académico

Elías Eljuri
Vicerrector Administrativo

Alix García
Secretario

Nelson Rodríguez García
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Depósito Legal, pp. 76.0648

La Revista no se hace responsable por el contenido de los artículos
firmados ni por originales no solicitados.

Se solicita canje con publicaciones análogas a esta Revista.

SUMARIO

Presentación, Fernando Parra Aranguren	5
--	---

DOCTRINA

La privacidad de las comunicaciones y su protección legal, Rafael Ortiz-Ortiz.	11
Salario de referencia para el pago de la vacación anual, Fernando Parra Aranguren	55

TRABAJOS DE ASCENSO

Estado vs. democracia, Pedro Guevara	71
--	----

DECISIONES DE LOS TRIBUNALES

Laudo Arbitral: MAPLATEX vs. CADAFE	231
---	-----

COLABORACIONES INTERNACIONALES

El Ayuntamiento, institución de España en América, Eusebio Leal Spengler	373
Flexibilización: ¿desregulación o adaptación del Derecho del Trabajo?, Juan Raso Deigue	383

Presentación

I.- Este número de la Revista está dividido en cuatro secciones: Doctrina, Trabajos de Ascenso, Decisiones de los Tribunales y Colaboraciones Internacionales.

II.- La primera contiene estudios de Rafael Ortiz-Ortiz (**La privacidad de las comunicaciones y su protección legal**) y Fernando Parra Aranguren (**Salario de referencia para el pago de la vacación anual**).

A.- El ensayo del profesor Ortiz-Ortiz -en su introducción- alude a la protección de las comunicaciones tanto en el Derecho Comparado e Internacional como en el Constitucional, a los antecedentes legislativos en nuestro país y termina refiriéndose a la "voz", entendida como bien jurídico protegido. El siguiente capítulo lo dedica a las normas legales relacionadas con el tema, particularmente la "Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones". En el capítulo tercero analiza y comenta la exposición de motivos y el proyecto de ley, al tiempo que lo compara con el texto definitivamente aprobado. Este se publica, a modo de apéndice, para mejor ilustración del lector.

B.- Durante la vigencia de la normativa laboral anterior, una empresa comenzó a pagar las vacaciones vencidas y no disfrutadas de sus trabajadores con el salario devengado por los beneficiarios del derecho para el momento de su ejercicio. Igualmente, concedía el lapso y el bono vacacionales de conformidad con la regla vigente en esta oportunidad. Posteriormente, la Ley Orgánica del Trabajo ordenó cancelarlas con la remuneración percibida para la fecha de su

nacimiento y, por ello, el empleador modificó tanto la forma de pago como los periodos de disfrute y la cuantía del bono con miras a cumplir el nuevo precepto (artículo 145).

Frente a estos hechos, la organización sindical planteó la obligación de continuar la costumbre establecida en la empresa con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, pues ella -a su juicio- implicaba un derecho de los trabajadores al haberse integrado en sus respectivos contratos individuales. El estudio de Fernando Parra Aranguren pretende responder la pregunta formulada por el sindicato.

III.- En la de **Trabajos de Ascenso**, se divulga el presentado por el doctor Pedro Guevara -**Estado vs. democracia**- para ascender a la categoría de Profesor Asociado, el cual fue examinado por un jurado integrado por los doctores Ricardo Combellas (Coordinador), Marco Tulio Brunicelli y Gustavo Planchart Manrique.

El estudio -dividido en cuatro capítulos, una introducción y unas consideraciones finales- pretende comprobar dos tesis principales: la incompatibilidad existente entre la esencialidad del Estado y la de la democracia, por una parte, y, por la otra, "la subordinación de ésta a las necesidades de aquél dentro del marco del Estado democrático".

El 13 de noviembre próximo pasado, el Jurado "decidió admitirlo por considerar, sin hacerse solidario de las ideas expuestas por el autor, que se trata de un trabajo de investigación que constituye un aporte personal valioso en razón de que escudriña en profundidad la esencia de los conceptos de Estado y democracia, expone los enfoques más actualizados de la teoría política sobre el tema, y presenta de forma rigurosa sus particulares argumentos sobre el debate de la antinomia del Estado y la democracia, de gran valor para la ciencia política en Venezuela". Acordó, además, concederle **Mención Honorífica**.

IV.- En la sección **Decisiones de los Tribunales** se difunde el Laudo dictado como secuela del compromiso arbitral celebrado, el 9 de setiembre de 1992, por la C.A. de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE) y Manufacturas Plásticas y Telefónicas Maplatex C.A., mediante el cual acordaron "someter al conocimiento de un Tribunal Arbitral de Derecho, integrado por tres

miembros (los doctores Alfredo Morles Hernández y Luis Alberto Sánchez, designados por los interesados, y José Muci-Abraham, escogido por los anteriores), las divergencias suscitadas entre ambas partes con motivo de la reclamación presentada por MAPLATEX, en relación con los contratos Nos. 86-0482-5029 y 86-0203-5029, por Costos Financieros, Costos Administrativos y Pérdida en la Venta de Bonos de la Deuda Pública de CADAFE y sus correspondientes Costos Financieros”.

El Tribunal Arbitral se constituyó -ante el Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda- el 6 de octubre del mismo año y dictó su decisión, dentro de la prórroga convenida por las partes, el 11 de febrero de 1993, con voto salvado del árbitro Luis Alberto Sánchez.

El Laudo Arbitral declaró procedente los pedimentos de MAPLATEX por costos financieros y “por la pérdida causada por las ventas de los Bonos de la Deuda Pública de CADAFE y sus correspondientes costos financieros”. Consideró, por consiguiente, improcedente la petición relacionada con los costos administrativos, particularmente los referentes a “gastos de oficina, personal administrativo, impuestos municipales, agua, luz, teléfono y overhead”, pues, a juicio del Tribunal, fue planteada luego de vencido el lapso de caducidad establecido en el respectivo contrato. Esto es, fue formulada extemporáneamente.

Independientemente del mérito material del Laudo Arbitral en cuestión, la Coordinación de la Revista lo reproduce con miras a difundir un mecanismo de heterocomposición de conflictos poco utilizado en el país e indicativo de la celeridad con que los mismos pueden ser resueltos, en beneficio de los interesados y de la comunidad en general.

V.- La de Colaboraciones Internacionales incluye estudios de Eusebio Leal Spengler (**El Ayuntamiento, institución de España en América**) y de Juan Raso Delgue (**Flexibilización: ¿desregulación o adaptación del Derecho del Trabajo?**).

A.- De Eusebio Leal Spengler se difunde su ponencia presentada por ante el XXI Congreso Interamericano de Municipios, celebrado en Valladolid, España, en

1992, denominada **El Ayuntamiento, institución de España en América**. Narra los orígenes del instituto, anteriores a la legislación sobre la materia, pues, "como el hecho precede al derecho", los conquistadores crearon los cabildos "en América, por propia y secular costumbre y por hallar paz y justicia en los asentamientos", con anterioridad a su regulación jurídica.

B.- La flexibilización -afirma Juan Raso Delgue- es un tema que provoca alta conflictividad social, pues implica, en el sentir más generalizado, disminuir las garantías laborales existentes. Actualmente no se discute, sin embargo, si debe -o no- hacerse, sino cómo hacerlo, lo cual -considera- ya es un triunfo de la tendencia flexibilizadora.

El estudio pretende diferentes objetivos: precisar un concepto específico de flexibilidad laboral; determinar sus fuentes (internacionales, legislativas, convencionales, jurisprudenciales y/o la voluntad unilateral del empleador); determinar sus diversas manifestaciones (formas de contratación, despido, tiempo de trabajo, salario y otras condiciones de empleo); señalar los casos de flexibilidad encubierta y su ubicación en el contexto laboral contemporáneo. Esto lo lleva a plantearse la interrogante con la cual intitula su trabajo: se trata de una desregulación o de la adaptación del Derecho del Trabajo a una nueva realidad?

VI.- La Coordinación de la Revista agradece la colaboración recibida en la publicación de este número y espera que el material presentado sea del interés de los lectores. Aprovecha, asimismo, la oportunidad para reiterar su gratitud a quienes le han prestado, y le siguen prestando, su generosa contribución para materializarla.

Caracas, 11 de marzo de 1993

Fernando Parra Aranguren

Doctrina

La privacidad de las comunicaciones y su protección legal

Rafael Ortiz-Ortiz

**Profesor de la Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas
de la Universidad Central de Venezuela y de la Facultad de Derecho
de la Universidad Católica Andrés Bello**

**Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 87
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1993**

CONTENIDO

CAPITULO PRIMERO: INTRODUCCION

1.1. Protección en el Derecho Comparado e Internacional 1.2. Protección constitucional. 1.3. Antecedentes legislativos. 1.4. La voz como bien jurídico a proteger.

CAPITULO SETUNDO: LEY SOBRE PROTECCION A LA PRIVACIDAD DE LAS COMUNICACIONES

2.1. Introducción. 2.1.1. Las grabaciones en el CPC. 2.1.2. Las grabaciones en la LOSSEP. 2.1.3. Las grabaciones en la LOSPP. 2.2. Aspectos probatorios. 2.3. Análisis de la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones. 2.3.1. Generalidades. 2.3.2. Objeto y bien jurídico protegido. 2.3.3. Tipologías delictivas. 2.3.3.1. Delitos de grabación. 2.3.3.2. Delitos de divulgación. 2.3.3.3. Delitos de instalación. 2.3.3.4. Delitos de alteración y forjamiento. 2.3.3.5. Delitos contra la vida privada. 2.3.3.6. Delito calificado de divulgación. 2.3.4. Carácter de la acción. 2.3.4.1. Acusación de parte agraviada. 2.3.4.2. Acusación de oficio. 2.3.5. Procedimiento especial para la interceptación de comunicaciones. 2.3.5.1. Tipos de delitos en que se permite. 2.3.5.2. Procedimiento para la ocupación. 2.3.5.2.1. Solicitud razonada. 2.3.5.2.2. Duración del procedimiento. 2.3.5.2.3. Notificación al Ministerio Público. 2.3.5.2.4. Casos de extrema urgencia. 2.3.5.2.5. Nulidad del procedimiento.

CAPITULO TERCERO: EXPOSICION DE MOTIVOS Y PROYECTO DE LEY SOBRE PROTECCION A LA PRIVACIDAD DE LAS COMUNICACIONES. ANALISIS Y COMENTARIOS

APENDICE: TEXTO DE LA LEY

CAPITULO PRIMERO: INTRODUCCION

1.1. Protección en el Derecho Comparado e Internacional

Dentro del extenso campo de los derechos de la personalidad, el referido a la privacidad, ha cobrado un auge tremendo, a lo largo de las últimas décadas. Tanto las importantes Declaraciones de Derecho como en las legislaciones de los diferentes países, la preocupación por la **privacía** ha estado siempre presente.

Es importante tener presente, que la mayoría de las legislaciones refieren la protección de las comunicaciones como un aspecto de la vida privada; en Venezuela, se tutela, no sólo la voz -en cuanto prolongación de la personalidad- sino también la **privacidad** sobre las informaciones obtenidas mediante la grabación de la misma. Volveremos más adelante sobre este aspecto.

En España, por ejemplo, la protección de las comunicaciones, está expresamente previsto en la Constitución, la cual señala:

Artículo 18.

Nº 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Nº 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas, telefónicas, salvo resolución judicial.

En la Ley Orgánica 1/82 de Protección Civil al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar se desarrolla la protección al honor y a la intimidad, y dentro de la noción de vida privada, se incluye:

“El conocimiento mediante la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o en cualquier otra parte, de hechos de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas...”

La Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, señala en su artículo 5º:

“Toda persona tiene derecho a la protección de la ley, contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada”.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, expresa en su artículo 12:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ataques o injerencias”.

El artículo 56 de la Constitución de la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas establecía:

“La ley ampara la intimidad de los ciudadanos, el secreto de la correspondencia, de las conversaciones telefónicas y de las comunicaciones telegráficas”.

El artículo 12 de la legislación civil de Checoslovaquia señalaba que:

“Los papeles de naturaleza personal, retratos, fotos y grabaciones sonoras concernientes a un individuo o sus expresiones de naturaleza personal pueden ser usadas con su consentimiento”.

Como se habrá notado, la mayoría de las disposiciones constitucionales y legislativas, tienden a proteger la privacidad de las comunicaciones, aunque, por supuesto, dentro de la esfera señalada de la vida privada, se incluye la voz como bien jurídico a proteger.

La Conferencia de Juristas Nórdicos de 1967, recoge un capítulo especial, de las diversas formas a través de las cuales se puede violar la privacidad de un individuo.

1.2. Protección constitucional

En Venezuela, el derecho a la privacidad, al honor y a la reputación, está expresamente establecido en el artículo 59 de la Constitución de 1961, y la cual es del tenor siguiente:

“Toda persona tiene derecho a ser protegida contra los perjuicios a su honor, reputación o vida privada”.

Esta disposición debe ser concordada con lo dispuesto en el artículo 43 del mismo texto constitucional que prevé:

“Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social”.

De tal manera que cualquier violación a la vida privada, al honor y a la reputación de las personas, implica un flagrante menoscabo al derecho de desenvolver la personalidad de los seres humanos, siendo la relación entre ambas disposiciones, de ser genérica (Art. 43) y la otra específica con un contenido concreto (Art. 59).

1.3. Antecedentes legislativos

En el año de 1960, el Ministro de Justicia, presenta a la consideración de las Cámaras Legislativas el **Proyecto de Ley sobre el Nombre y la Protección de la Personalidad** como una manera de desarrollar esos derechos, que sólo un año más tarde, alcanzaron el rango constitucional (a pesar que su origen más remoto lo encontramos en la Constitución de 1858).

En el mencionado Proyecto de Ley se establecía en el Título III el “Derecho sobre Escritos Confidenciales y la Palabra Hablada”. Allí se protegía la palabra hablada y se prohibían las grabaciones de las mismas, en público o en privado, siendo el campo de protección, no sólo en lo que concernía a la grabación sino también, su divulgación.

El 31 de enero de 1984, nuevamente el Ministro de Justicia, bajo la Dirección de nuestro insigne profesor Reinaldo Chalbaud Zepa, presenta nuevamente al Congreso el **Proyecto de Ley sobre Protección Civil de la Vida Privada**. En este Proyecto de Ley se establecía:

Artículo 7°

Se consideran intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de la intimidad personal o familiar:

1) La instalación en cualquier lugar de aparatos de escucha, filmación, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir aspectos de la vida íntima.

2) La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima o familiar de las personas o de sus opiniones y expresiones, así como su grabación, registro o reproducción.

Dentro de las sanciones que establecía el Proyecto, encontramos la indemnización por un monto no menor a veinte mil bolívares ni mayor de quinientos mil; además, se le reconocía a la víctima el derecho de dar respuesta, a expensas del responsable de la intromisión ilegítima, en el mismo espacio y con la misma extensión o duración que se efectuó la intromisión.

1.4. La voz como bien jurídico protegido

Novoa Monreal ha establecido que existe una diferencia con respecto a la imagen y la voz, y es que la voz humana está dirigida normalmente a uno o a pocos interlocutores, razón por la cual se podría reclamar derecho sobre ella aun cuando se exteriorice en lugares públicos.

Sin embargo, es menester diferenciar, las situaciones en que el **bien jurídico** protegido es la voz, y por otro lado, cuando el derecho que se tutela es la **privacidad** de las comunicaciones.

Ferreira Rubio (*El derecho a la intimidad*, 115) indica que habrá ocasiones en que la voz merezca protección por sí, aunque nada tenga que ver con la vida privada. Así dice la autora **in comento**:

"Veamos un ejemplo: una persona graba la voz de un famoso tenor mientras éste ensaya o cuando canta ante un grupo reducido, en un acto de una asociación o de una escuela; el que ha registrado la grabación la reproduce: ¿tendría el tenor, alguna acción? ¿defenderá su derecho a la voz o su derecho a la intimidad?; obviamente tutelaré su derecho a la propia voz, y podrá solicitar la reparación de los daños morales y patrimoniales pertinentes.

Si la grabación corresponde a conversaciones privadas mantenidas por dos personas, los sujetos intervinientes tendrán derecho a reclamar la protección del ordenamiento jurídico ¿en virtud del derecho a la voz? No: lo harán como una aplicación de la tutela reservada a la intimidad”.

En efecto, la voz constituye -como la imagen- una prolongación de la personalidad del individuo, o si se quiere, uno de sus más preciados ingredientes, así lo ha reconocido la jurisprudencia venezolana, en sentencia del 23 de noviembre de 1989, en juicio seguido por Víctor Cámara contra Sono International Artists (Véase nuestro trabajo: **La doctrina judicial sobre la vida privada, el honor y la reputación**).

Para el doctor Jesús Cabrera, las conversaciones telefónicas son formas de correspondencia, mientras que para un grueso sector de la doctrina, el tema de la voz ha sido incluido como uno de los aspectos de la vida privada.

Creemos que si consideramos la voz -por sí, o en sí misma considerada- constituiría, sin lugar a dudas, uno de los tantos aspectos de la vida privada; pero que podría asimilarse a la correspondencia, en cuanto al carácter de **inviolabilidad** del derecho protegido (Vid. nuestro libro: **La vida privada, el honor y la reputación. Criterios jurídicos para su definición y alcance**, p. 135).

En efecto, el artículo 63 de la Carta Magna, señala:

“La correspondencia en todas sus formas es inviolable”. Las cartas, telegramas, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia no podrán ser ocupados sino por autoridad judicial, con el cumplimiento de las formalidades legales y guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico y privado que no tenga relación con el correspondiente proceso (...).”

Como vemos, la Constitución señala **la correspondencia en todas sus formas**, podemos a través de esta vía, llegar a la conclusión, de que la voz -en cuanto- palabra hablada (dirigida o comunicada) a otras personas, constituye una forma de **correspondencia**, pero la similitud es válida -repetimos- en cuanto al carácter de **inviolabilidad**.

Cabrera reitera su criterio de que las conversaciones telefónicas es una forma de correspondencia (como lo señalan los arts. 18 de la Ley Aprobatoria del

Convenio Internacional de Telecomunicaciones y el 108 del Reglamento de Radiocomunicaciones), y desde ese punto de vista, la grabación y la publicación en juicio, practicada por cualquier persona sin autorización de los interlocutores, sería una infracción al art. 63 CN:

En diciembre de 1991, entró en vigencia la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones, que a pesar de ser específica y retroceder en algunos aspectos que habían sido previstos en los Proyectos de Ley que comentamos *supra*, sin embargo constituye un avance importante en el desarrollo y la protección de los derechos de la personalidad, específicamente, el derecho al secreto y la privacidad tanto de las comunicaciones como de los contenidos.

CAPITULO SEGUNDO:

LEY SOBRE PROTECCION A LA PRIVACIDAD DE LAS COMUNICACIONES

2.1. Introducción

El problema de la privacidad de las comunicaciones había sido motivo de preocupación no sólo por personas con cierta notoriedad pública, sino también por todas aquellas personas que de una u otra manera, se veían afectados por la intromisión o injerencias en sus actividades personales.

2.1.1. Las grabaciones en el CPC

Las grabaciones *-per se-* están permitidas en el ordenamiento jurídico venezolano; así, el Código de Procedimiento Civil prevé la posibilidad de que se graben ciertos actos del proceso para mayor fidelidad en la transcripción de los mismos.

En efecto, el artículo 189 del vigente Código Procesal se refiere en su tercer párrafo:

“Las declaraciones de las partes, las posiciones juradas, las declaraciones de testigos y cualesquiera otras diligencias del Tribunal que deban hacerse constar en acta, podrán ser tomadas mediante el uso de algún

medio técnico de reproducción o grabación del acto, por disposición del Tribunal o por solicitud de alguna de las partes (...)

Por otra parte, las grabaciones, en sentido general, y según lo explica el profesor Jesús Eduardo Cabrera en su libro **“Contradicción y control de la prueba legal y libre”** Tomo I, p. 419:

“Las grabaciones son pruebas legales desde el momento que ellas como medios (como entes abstractos capaces de trasladar hechos a la causa), estén contempladas en el ordinal 9º del artículo 132 LOSSEP y en el art. 98 LOSPP, y además de los procesos penales que las aceptan en principio, ellas pueden ser promovidas en los juicios civiles en vista que el artículo 395 CPC señala como medios de prueba posible producción en el proceso civil, los contemplados en las leyes de la República (estando la grabación prevista en dos de esas leyes, en la LOSSEP y la LOSPP)”.

2.1.2. Las grabaciones en la LOSSEP

En efecto, el artículo 132 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas señala:

“La comisión del delito y la culpabilidad del sujeto quedarán establecidas o comprobadas mediante las pruebas siguientes:

Ordinal 9º

Mediante pruebas del laboratorio, o sección de técnica policial, huellas dactilares, fotografías, películas o filmaciones, planos, grabaciones de la voz y cualquier otro recurso que aporte la ciencia y la tecnología”.

Pensamos que al dictarse la Ley de Protección sobre la Privacidad de las Comunicaciones, este artículo debe revisarse, y concatenarse con el artículo 6º y 7º de la mencionada Ley que permite, por vía de excepción, grabar, impedir, interceptar comunicaciones en los casos previstos en la LOSSEP, siempre y cuando se siga el procedimiento pautado en la Ley de Comunicaciones para estos casos específicos.

De tal suerte que si -en materia de drogas- los órganos de policía presentaren grabaciones, sin haber cumplido con las formalidades que establece la ley

especial, las mismas quedarán sin efecto probatorio y los responsables serán sancionados con prisión de tres (3) a cinco (5) años, tal como lo señala el 3º párrafo del artículo 7º de la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones.

2.1.3. Las grabaciones en la LOSPP

De igual forma, el artículo 98 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público establece:

“El mismo día en que sean contestados los cargos o queden contestadas las excepciones dilatorias o de inadmisibilidad opuestas, se entenderá abierto, sin necesidad de decreto previo ni de notificación alguna, un lapso de treinta audiencias para promover y evacuar las pruebas que el Ministerio Público, el encausado o el Juez consideren convenientes: experticias e inspecciones oculares, documentos o públicos o privados, declaraciones de testigos, facultativos y peritos y demás medios de prueba previstos en las leyes vigentes, así como también fotografías y grabaciones, a juicio del Juez”. (Destacado nuestro).

El artículo 49 de la misma Ley señala:

“Los funcionarios o empleados públicos y los particulares están obligados a rendir declaración de los hechos que conozcan y a presentar a la Contraloría General de la República o a sus delegados, al Ministerio Público y al órgano jurisdiccional competente, según el caso, libros, comprobantes y documentos relacionados con el hecho que averigua, sin observar lo pautado en los artículos 54 y 60 de la Ley Orgánica de la Administración Central.

Cuando se tratare de inspección de cartas, telegramas, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia o comunicación, se procederá de conformidad con el artículo 63 de la Constitución (Destacado nuestro).

Si aceptamos, que las comunicaciones telefónicas es una forma de **correspondencia**, según lo hemos expuesto, entonces encuentra su protección

en el artículo 63 de la CN; pero, independientemente de la consideración que podamos darle, lo cierto es, que según la Ley especial, deben cumplirse las formalidades establecidas en la misma, so pena de incurrir en delito.

De acuerdo con nuestro criterio -repetimos- y a la luz de las nuevas disposiciones de la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones, estas pruebas -específicamente las grabaciones- no podrán ser producidas en juicio salvo que se hubiesen obtenido siguiendo el procedimiento pautado en el artículo 7 de la LSPPC según el artículo 6º ejusdem.

A nuestro entender tal criterio debe revisarse a la luz de la Ley sobre Privacidad de las Comunicaciones, pues la misma señala expresamente, que carecen de valor probatorio las grabaciones realizadas en contravención a las disposiciones que está expresado en su articulado.

2.2. Aspectos probatorios

Antes de la entrada en vigencia de la Ley Sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones, y en ausencia de prohibiciones expresas, podía aceptarse, por el principio de libertad de pruebas prevista en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil.

La jurisprudencia venía aceptando el carácter probatorio de las grabaciones, siempre y cuando, se realizara una experticia sobre la misma, con el objeto de investigar si la voz grabada correspondía exactamente al sujeto imputado, y además para verificar la veracidad del hilo de la conversación.

En efecto, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, del 20 de julio de 1979, determinó:

“El Fiscal General acompañó a su solicitud los siguientes recaudos:

E) Cinta magnetofónica (Cassette), remitida por Oficio (...) que contiene declaraciones atribuidas al doctor (...) Juez Primero de Primera Instancia en lo Penal (...).

Finalmente, en lo atinente a la cinta magnetofónica a que se hace referencia en la letra E), se anota que ella no tiene validez alguna por cuanto no fue

objeto de una experticia para determinar si la voz que allí se reproduce es la misma del doctor (...), amén de que éste no ha reconocido dicha cinta”.

Como se observa, la Sala para atribuirle validez a las mencionadas grabaciones requiere:

1. una experticia para determinar si la voz corresponde a la persona señalada, y
2. el reconocimiento -por parte del imputado- del contenido, como si se tratara de un documento privado.

En relación a los aspectos probatorios, mucho antes de que entrara en vigencia la LSPPC, el doctor Jesús Eduardo Cabrera en su libro **“Contradicción y control de la prueba legal y libre”**, Tomo II, p. 420, señala con su acostumbrado acierto:

“Una de estas causas generales de inadmisibilidad, ante el silencio de la ley rechazando expresamente la grabación telefónica, es que la proposición de la prueba infrinja derechos individuales o garantías constitucionales de las personas (las cuales en nuestro criterio, son infracciones que por ser violatorias de dichas garantías, hacen la prueba inadmisibile), y esto nos lleva a indagar sobre la naturaleza de la conversación telefónica, ya que en principio, la grabación en sí es un medio legal”.

Aun sin las disposiciones en contrario de la nueva Ley, la situación planteada por Cabrera es sumamente compleja, porque si bien es cierto que la Constitución tutela varios derechos individuales que podrían verse afectados por las grabaciones, sin embargo, este solo hecho no es suficiente para invalidar la prueba.

Pensemos por un momento, en aquellos procesos, en los cuales se requiere probar determinados hechos que, ineludiblemente, afecta vgr. la vida privada, el honor y la reputación de las personas; entre esos procesos, se encuentran las demandas de divorcio fundamentados en la causal de adulterio (Art. 185, numeral 1°); las demandas de inquisición de la paternidad, las demandas por pensiones alimentarias, de acuerdo con la Ley Tutelar del Menor, etc.

En estos últimos casos nos encontramos frente a situaciones en las que, cualquier prueba que se produzca, podría afectar el honor, reputación y vida privada de las personas. Sin embargo, no podemos pensar por ello, que la prueba deba considerarse ilegal o inadmisible.

Tal criterio deriva de la consideración de que los derechos individuales consagrados en el texto de la Constitución, no revisten el carácter de **absoluto**, antes bien, los derechos encuentran su limitación en el derecho de los demás; es a lo que se refería el doctor Novoa Monreal, cuando señalaba que el **bien general priva sobre los intereses particulares**, específicamente en el campo de los derechos individuales.

Por otro lado, el propio texto constitucional expresa en el artículo 43 el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, pero limitado por el orden público y social, y el derecho de los demás.

Situación semejante nos encontramos en el caso de las grabaciones telefónicas.

Ahora, la nueva Ley de Protección a la Privacidad de las Comunicaciones, nos deja la duda, pues en su artículo 7° parágrafo 3°, señala:

"En caso de inobservancia del procedimiento aquí previsto, la intervención, grabación o interceptación será ilícita y no surtirá efecto probatorio alguno y los responsables serán castigados con prisión de tres (3) a cinco años."

Por interpretación, pues, del mencionado artículo 7° de la Ley especial, creemos que a partir de la fecha efectiva de vigencia de la misma, las grabaciones telefónicas, constituyen un delito, salvo que se realice con formalidades que la propia ley establece, independientemente que el contenido de las mencionadas comunicaciones se refieran a la vida privada de las personas o sobre cualquier otro aspecto, pues, lo que se tutela es la **privacidad** de las comunicaciones.

2.3. Análisis de la Ley Sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones

2.3.1. Generalidades

El motivo por el cual creemos de fundamental importancia la Ley sancionada por el Congreso, y que nos permitiremos comentar, deriva del hecho cierto que

la intervención y grabación de conversaciones telefónicas -y de cualquier medio de comunicación entre personas- caen bajo el ámbito de aplicación del artículo 59 de la Constitución relativo a la vida privada, el honor y la reputación de las personas.

Señala el doctor Cabrera con brillante acierto:

"Esta protección, al menos con respecto al honor, la reputación y ciertos aspectos de la vida privada, la desarrolla la ley con miras al proceso, rompiendo el principio de publicidad de los actos procesales que pueden dañarlas (Art. 24 CPC), al exigir que el acto se efectúe a puerta cerrada, prohibiendo la expedición de copias certificadas de las actuaciones declaradas reservadas (Art. 112 CPC), y excluyendo a la prensa y al público de la totalidad o parte del conocimiento del juicio, por consideraciones de moral, orden público, seguridad nacional o cuando lo exige el interés de la vida privada de las partes tal como lo señala el artículo 14 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

El enfoque que le ha dado la doctrina -al tema de las grabaciones- ha sido por el ángulo de la vida privada (tales como Novoa Monreal y Ferreira Rubio), mientras que el doctor Cabrera estimó que las conversaciones telefónicas, en cuanto su violación, son formas de infringir también la correspondencia, derecho este previsto en nuestra Carta Magna.

De esta manera, el mencionado autor señaló:

"las conversaciones telefónicas son formas de correspondencia, inviolables. Que a ellas se aplican por analogía, cuando se las ha grabado, ya que en nada las perjudican, las normas sobre otro tipo de correspondencia, cuales son las disposiciones de las cartas misivas del CC; y que cuando la ley lo establezca expresamente, la autoridad judicial podrá intervenir o grabar tales conversaciones como forma legal de ocupación, pero que mientras no existan las formalidades legales que regulen esta especial ocupación, ella no podrá tener lugar, porque sería contraria a la letra del art. 63 CN".

Es importante tener presente que las anteriores opiniones fueron emitidas por su autor mucho antes de que se sancionara la Ley que vamos a comentar.

Bajo esta óptica y dada la importancia que nos merece esta novísima Ley sobre Protección de las Comunicaciones, nos avocaremos al estudio detallado de su articulado.

El Congreso de la República en su sesión de 28 de noviembre de 1992 sanciona la presente Ley que contiene solamente nueve (9) artículos, pero que constituye un avance extraordinario en lo que se refiere a la protección no sólo de la privacidad de las comunicaciones, sino también sobre aspectos sobre los cuales hemos señalado que tienen raigambre constitucional y los cuales forman parte de la vida privada de las personas.

La iniciativa de la Ley estuvo a cargo de la Comisión de Política Interior e ingresó a la Cámara de Diputados el 14 de mayo de 1991; las discusiones reglamentarias se le dieron el 14 y el 13 de junio del mismo año, pasando a la Cámara Revisora el 18 del mismo mes.

En la Cámara del Senado se le dan las dos discusiones debidas el 27 de junio de 1991 y el 31 de octubre del mismo año, para que por fin en la Sesión Conjunta del Congreso se sancionara el 21 de noviembre de 1991. Promulgada por el Ejecutivo el 16 de diciembre y publicada en Gaceta Oficial N° 34.863 de esa misma fecha.

2.2.2. Objeto y bien jurídico protegido

La Ley en principio se llamaba: “**Ley de Protección de las Comunicaciones de las Personas Públicas y Privadas**”; el Congreso decidió modificar la denominación por una más coherente que fue la que, en definitiva, se acogió; creemos que la decisión del Congreso fue acertada, pues las personas no son públicas o privadas (en todo caso serán de Derecho Público o de Derecho Privado) pero lo que sí es público o privado son las comunicaciones.

Por otra parte con hablar de **comunicaciones** sin ningún adjetivo, comprendía tanto las personas en su ámbito privado y por supuesto, proteger a aquellas personas que por sus funciones requerían una mayor amplitud en la protección respectiva.

En efecto, en su sesión del miércoles 20 de noviembre de 1991, fue presentado el Informe de la Comisión Permanente de Política Interior y de los Derechos Humanos del Senado, y en el cual se señalaba lo siguiente:

*“La Comisión considera que el título del Proyecto de Ley aprobado por la Cámara de Diputados puede ser objeto de modificación, ya que no existe como pareciera deducirse del título **“comunicación entre personas públicas”**, sino simplemente comunicación entre personas, sin que el carácter de público o privado, tenga connotación alguna a los efectos de la fijación de los tipos penales aplicables”.*

De allí que la denominación de la ley **“Protección de las Comunicaciones de las Personas Públicas y Privadas”** pasó a denominarse: **“Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones”**.

Así pues el objeto de la Ley es *“proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones”*, como dijimos, el bien jurídico que se protege no es la voz como derecho personal sino la privacidad de las comunicaciones tutelado por el artículo 59 de la Constitución en concordancia con el artículo 63 *eiusdem*.

2.3.3. Tipologías delictivas

La Ley establece diferentes tipos delictivos que van desde el mero hecho de la grabación como la divulgación; al mismo tiempo se sanciona la invasión de la privacidad a través de la información, etc.

2.3.3.1. Delitos de grabación

El artículo 2º de la Ley señala que:

“El que arbitraria, clandestina o fraudulentamente grabe o se imponga de una comunicación entre otras personas, la interrumpa o impida, será castigado con prisión de tres (3) a cinco (5) años”; de esta manera pues, extraemos las siguientes características:

1. Es un delito doloso: se requiere la intencionalidad del agente en grabar o imponerse de una comunicación, así como quien la perturbe o la impida.
2. Se requiere que no haya consentimiento de la víctima, pues el delito debe reunir las características de **arbitrariedad, clandestinidad o fraudulencia**.

Estos requisitos, según entendemos, no son concurrentes, pues basta que la comunicación se haya grabado clandestina o fraudulentamente, para considerarse cometido, independientemente que después se use la información, pues en este caso el delito es distinto.

3. Este tipo de delito no admite tentativa ni frustración, pues basta que se haya agravado, impedido o algún sujeto se haya impuesto de la comunicación de otra para consumarse.

4. La comunicación a que se refiere la Ley no sólo es **telefónica** sino puede ser cualquier forma de comunicación, y en cualquier lugar, pues ello se desprende de la Exposición de Motivos y del Informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara del Senado.

5. Es un delito de sujetos simples, pues no se requieren condiciones especiales de cargo o posición, para que se produzca el tipo penal.

2.3.3.2. Delito de divulgación

Salvo que se incurra en un delito más grave, ya sea de los previstos en la propia Ley, o en el Código Penal, también se sanciona el hecho de **“revelar” en todo o en parte, mediante cualquier medio de información el contenido de las comunicaciones indicadas.**

Esto es, salvo que el hecho tipificado como delito, sea de los extremos requeridos para el delito de difamación o injuria, o en cualquier otro delito más grave, entonces se acciona el tipo penal establecido en esta Ley. Cuando la Ley se refiere a **“delitos más graves”** entendemos que la gravedad será analizada por la cuantía o la naturaleza de la sanción aplicable.

2.3.3.3. Delitos de instalación

La Ley también castiga a quien, sin estar autorizado conforme a los artículos 6º y 7º de la misma ley, **instalen aparatos o instrumentos con el fin de cometer cualesquiera de los delitos que se han analizado supra, será castigado con prisión de tres (3) a cinco (5) años.**

Lo que se requiere para cometer el delito es la simple finalidad (intención del sujeto activo) de grabar o de imponerse de las comunicaciones entre personas; de tal manera, que en este caso, el sujeto activo procede como autor material o intelectual, según sea el caso, e incurre siempre en la misma pena.

2.3.3.4. Delitos de alteración o forjamiento

Incurre también en delito, la persona que con el propósito de obtener alguna utilidad para sí o para otro, o si tiene la intención de ocasionar un daño al sujeto pasivo, **“forje o altere el contenido de una comunicación”** y se hace acreedor de una pena de prisión de tres (3) a cinco (5) años, según el artículo 4° de la Ley. Este tipo de delito, reúne las mismas características que hemos anotado para los delitos de grabación, esto es, la intencionalidad (de obtener una utilidad, o de ocasionar un daño), y no admite los grados de tentativa o frustración.

En la misma pena incurre quien se haya aprovechado del contenido forjado o adulterado, aun cuando no haya tenido parte en el hecho de la alteración o del forjamiento.

2.3.3.5. Delitos contra la vida privada

Siguiendo con la doctrina establecida por la Conferencia de Juristas Nórdicos y la Doctrina Nacional, la Ley sanciona, en su artículo 5°, la **“perturbación en la tranquilidad de otra persona”** mediante el uso de información obtenida por procedimientos condenados por esta Ley, siempre y cuando, se creare en la persona de la víctima estados de **“angustia, incertidumbre, temor o terror”** conceptos estos, tan abstractos, que sólo el juez podrá apreciar, la entidad del temor o el terror causado.

En este caso, la pena es menor, esto es, prisión de seis (6) a treinta (30) meses.

2.3.3.6. Delito calificado de divulgación

Establece el artículo 8° un agravante cuando el delito de **divulgación** de la información obtenida, a través de los procedimientos autorizados por la propia

Ley, es cometido por los funcionarios policiales y judiciales, la pena prevista en el artículo 2° será aumentada hasta las dos terceras (2/3) partes.

Además, este delito podrá ser enjuiciado de oficio, si el presunto autor era o es, para el momento de la comisión del hecho punible, funcionario policial o judicial, de conformidad con lo establecido en el aparte final del artículo 9°.

2.3.4. Carácter de la acción

Establece la Ley dos sistemas de acusación:

2.3.4.1. Acusación de parte agraviada

Señala la Ley, en su artículo 9° que la acción para el enjuiciamiento de los delitos tipificados en la presente Ley, se ejercerá por acusación de parte agraviada, sin importar la cualidad del sujeto pasivo del delito como pretendía el Proyecto que se presentó ante la Cámara de Diputados.

2.3.4.2. Acusación de oficio

En cambio, que si el delito se ha cometido por algunas de las personas enumeradas en el mismo artículo 9°, la acusación procederá de oficio. Los sujetos activos calificados son:

- a. Funcionario o empleado público.
- b. Funcionario o empleado de los servicios de teléfonos.
- c. Funcionario o empleado de los cuerpos policiales o de seguridad del Estado.

Es importante destacar que la ley prevé que si el autor ha dejado de ser de este tipo de funcionario, no es eximente, pues lo importante es que el sujeto activo fuese o sea funcionario para el momento de la comisión del hecho punible.

La finalidad de establecer esta calificación, en cuanto al sujeto activo del delito, deriva de la consideración de que los mencionados funcionarios, tienen el conocimiento técnico y el amparo de sus funciones propias, para la comisión del mismo.

2.3.5. Procedimiento especial para la interceptación de comunicaciones

Se permite -sin embargo- a las autoridades de policía como auxiliares de la administración de justicia, la interrupción, interceptación o la grabación de las comunicaciones entre personas **únicamente** a los fines de la investigación de hechos punibles.

2.3.5.1. Tipos de delitos en que se permite

Según lo señala la Ley en su artículo 6°, sólo se permite la interceptación, grabación, interrupción de conversaciones entre personas, cuando se esté investigando:

a) Delitos contra la seguridad o independencia del Estado

Este tipo de delitos está previsto en el Libro Segundo, Título I (De los Delitos contra la Independencia y la Seguridad de la Nación). Dentro de las especies delictuales se encuentra: los delitos de traición a la patria (conspiración contra la integridad del territorio de la patria) previsto en el artículo 128 del Código Penal; la sublevación en armas contra el gobierno legítimo en tiempo de guerra contra alguna nación extranjera (Art. 130 *eiusdem*); el delito de **conspiración** contra el gobierno legítimamente constituido (Art. 132); delitos de revelación de los secretos políticos o militares concernientes a la seguridad de Venezuela (Art. 134), etc.

b) Delitos previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público;

c) Delitos contemplados en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, y

d) Delitos de secuestro y extorsión.

2.3.5.2. Del procedimiento para la ocupación

2.3.5.2.1. Solicitud razonada ante el Juez de Primera Instancia en lo Penal

La interceptación, interrupción, grabación, etc., de conversaciones debe iniciarse con una solicitud, en la cual se expresen los motivos que racionalmente tengan, los órganos de policía para realizar el hecho.

Es necesario que los delitos que se estén investigando sean de aquellos previstos en el artículo 6º, y que además el juez sea competente por el territorio para realizar la grabación.

En cuanto a este requisito de la competencia territorial, es posible que se preste a dudas, pues por lo general las conversaciones telefónicas se realizan a largas distancias, por lo que habría dos jueces territorialmente competentes para conocer del caso; sin embargo, la ley señala que es el lugar donde se realizará la intervención.

2.3.5.2.2. Duración del procedimiento

En la solicitud debe señalarse expresamente **el tiempo de duración** que en ningún caso, podrá exceder de sesenta (60) días; sin embargo -dada la índole de dificultad que muchas veces presentan los casos investigados- la ley permite que se acuerden prórrogas sucesivas mediante el mismo procedimiento y con expresa indicación de lugares, medios y demás extremos pertinentes.

Si el procedimiento policial se ha de verificar en lugares diferentes de la República, el organismo encargado deberá hacer cuantas solicitudes sean necesarias a los respectivos jueces de Primera Instancia en lo Penal, y en cada prórroga deberá acordarse previa solicitud razonada con los extremos anteriormente señalados.

2.3.5.2.3. Notificación al Ministerio Público

El juez o los jueces involucrados deberán notificar de inmediato al Ministerio Público e informarle del procedimiento que se lleva a cabo.

2.3.5.2.4. Casos de extrema urgencia

En los casos en que se requiera actuar con prescindencia de este procedimiento, dado la urgencia y la premura del caso, deberá levantarse un acta, también razonada, y participar del hecho al mismo juez de Primera Instancia, dentro de las ocho (8) horas siguientes, y los motivos racionales que se tuvo para realizar el mismo.

2.3.5.2.5. Nulidad del procedimiento

En caso que los órganos de policía actúen al margen del procedimiento previsto en la Ley, la intervención o grabación se considerará nula y sin ningún efecto, además de que los responsables, podrán ser enjuiciados -aun de oficio- y sancionados con prisión de tres (3) a cinco (5) años.

Además se le quita todo valor probatorio a las grabaciones obtenidas con violación del mencionado procedimiento, por lo que no podrán ser utilizadas en juicio ni apreciadas por el juzgador.

CAPITULO TERCERO:

EXPOSICION DE MOTIVOS Y PROYECTO DE LEY SOBRE PROTECCION A LA PRIVACIDAD DE LAS COMUNICACIONES. ANALISIS Y COMENTARIOS

ARTICULO 1°

Exposición de Motivos:

"En el artículo 1, se señala el objeto de la Ley, que consiste en regular la realización y uso de la interceptación de las comunicaciones, abarcando hasta la interceptación de transmisiones que se realicen a través de hilos, hondas, satélites y cualquier otro de similar naturaleza".

El Congreso de la República -sin embargo- amplió el objeto de la Ley al establecer que el mismo era **"proteger la privacidad, confidencialidad y secreto de las comunicaciones"**; sin que necesariamente se refieran a la vida privada, sino todo tipo de comunicaciones; en el proyecto original se establecía:

Artículo 1° del Proyecto (Reformado)

"La presente Ley tiene por objeto regular la realización y uso de la interceptación de todo tipo de comunicaciones privadas, tales como conversaciones telefónicas o radiofónicas, transmisiones por telex, telefax, ondas, video, computación, satélites y cualquier otro de esta naturaleza, así como también el señalamiento de las acciones que lesionan la vida

privada de las personas jurídicas y naturales, derivada de las interceptaciones ilícitas”.

Evidentemente que este artículo tal y como estaba redactado adolecía de serias deficiencias semánticas y conceptuales.

En efecto, como lo hemos establecido en el desarrollo de esta monografía, no podemos hablar de **privacidad de las personas jurídicas** (“públicas” en el Proyecto) ya que siempre la privacidad va a estar referida a sentimientos de estima, de hechos y acontecimientos que acarrearán perjuicio en su estima personal y en la estima que fomenta en los demás.

Y estos conceptos no se aplican a las personas jurídicas, pues éstas son ficciones de ley para mayor facilidad en las actividades de las personas naturales en agrupación.

Además, si el objeto de la Ley era prohibir la interceptación de las comunicaciones de los titulares de los cargos públicos entre sí, o entre éstos y personas privadas, bastaba con hablar genéricamente de **comunicaciones** dentro de las cuales se incluiría, necesariamente, la privacidad de las comunicaciones -sea que la persona natural obre individualmente, sea que obre en nombre y representación de una persona jurídica-.

Como lo señala acertadamente la Comisión de Política Interior y de los Derechos Humanos de la Cámara del Senado:

“En efecto, las personas públicas se comunican entre sí a través de sus titulares, pero ni las personas públicas ni las personas jurídicas tienen la vida privada a la cual se refieren los artículos 1º y 2º del Proyecto de Ley. Como consecuencia de ello, si el artículo 1º del Proyecto de Ley aprobado restringe el radio de acción de la Ley al ‘señalamiento de las acciones que lesionan la vida privada’ tenemos que concluir que la interceptación de comunicaciones entre personas públicas que no lesionen la vida privada, están excluidas expresamente del ámbito de la Ley”.

Decimos que la intención del legislador fue la de ampliar el radio ámbito de aplicación de la Ley y en opinión de la Comisión la determinación, aunque sólo

fuera a título indicativo, la naturaleza de las comunicaciones parecía ser restrictivo y no extensivo como pareciera que era la intención del proyectista.

Además de ello en la Ley se pretendía regular no sólo las acciones que causaban algún perjuicio en la vida privada, sino también las sanciones aplicables al acto jurídico de la interceptación.

De allí que la Comisión propusiera esta redacción para el artículo 1°:

Artículo 1° (Aprobado por la Cámara):

“La Presente Ley tiene por objeto proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzcan entre dos o más personas”.

De esta manera cualquier comunicación queda protegida, con independencia de que se menoscabe el derecho a la vida privada, al honor o a la reputación o de cualquier otra índole; y por otra parte, se desprende del espíritu del legislador, proteger las comunicaciones sean cuales fueren los medios utilizados para la interceptación.

La anterior afirmación la podemos sustentar también, con las opiniones del senador Aristides Beaujón quien señaló en la Sesión de la Cámara del Senado el día 30 de octubre de 1991, lo siguiente:

“Sin lugar a dudas, es una necesidad impostergable que estas normas sean aprobadas, por cuanto hay que evitar los abusos realmente intolerables en que se han venido incurriendo en los últimos meses, cuando se graban conversaciones entre personas, muchas de ellas referidas a la vida privada de los involucrados y que al ser publicadas lesionan la reputación y el buen nombre de ellos”.

ARTICULO 2°

Exposición de Motivos:

“En el artículo 2, se establece la pena de prisión de uno a cuatro años a quien de forma arbitraria, clandestina o fraudulenta obtenga informaciones concernientes a la vida privada de otras personas, obtenidas en su hogar doméstico o en cualquier otro lugar reservado a la intimidad.

Con ello se persigue defender la inviolabilidad del lugar doméstico y cualquier otro sitio que por sus características esté especialmente preservado para sostener conversaciones privadas, o sea elegido por las personas naturales o jurídicas a los fines de intentar lograr la total privacidad.

Los términos arbitraria, clandestina y fraudulentamente son comunes en el articulado y ponen de relieve las conductas penadas en la Ley, por cuanto suponen ventaja de parte de quien hace la grabación y, por otra parte, el desconocimiento y vulnerabilidad de quien es víctima del delito.

Se hace una especificación enunciativa de los equipos utilizados para cometer el delito.

En efecto, el Proyecto establecía en el artículo 2°

Artículo 2° del Proyecto (Reformado):

“Cualquiera que arbitraria, clandestina o fraudulentamente, por medio de aparatos o instrumentos idóneos obtenga en el hogar doméstico o en cualquier otro lugar privado, informaciones concernientes a la vida privada de otras personas será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años.”

PARAGRAFO UNICO: Los aparatos o instrumentos a que se refiere el presente artículo son todos aquellos que se utilizan para la escucha, interferencia o grabaciones de todo tipo de comunicación o correspondencia tales como micrófonos direccionales, sistemas radiofónicos, rayos ultravioleta u otros para la lectura de correspondencia cerrada y todo equipo idóneo para interceptar las comunicaciones a que se refiere el artículo 1° de la presente Ley”.

De la lectura del artículo propuesto por el proyectista se observan dos limitaciones:

1° Que las informaciones adquiridas fraudulentamente o de manera clandestina tienen que referirse a la vida privada de las personas.

2° Los medios utilizados tienen que ser **idóneos** lo que implica que si alguien se pone en contacto con el tipo de informaciones privadas a través de medios no idóneos, no se da la figura penal.

En este sentido, la Comisión de Política Interior señaló:

En relación al artículo 2°, la Comisión estima no conveniente la inclusión de las nociones “aparatos o instrumentos idóneos”, “en el hogar doméstico” y “la vida privada de” ya que en realidad lo que es sancionable, es que la interceptación se haya hecho, no importando si el aparato o instrumento es idóneo o no; así como tampoco importa si se hace en una oficina o en un lugar doméstico; o si es o no concerniente a la vida privada. En efecto, lo que la Ley debe sancionar es que se obtenga arbitraria, clandestina o fraudulentamente información concerniente a una persona”.

Además, consideró la Comisión que la pena debía ser aumentada de tres (3) a cinco (5) años, en vez de uno (1) a cuatro (4) años como establecía el proyecto.

Con base a los criterios sustentados por la Comisión, la Cámara del Senado aprobó la proposición realizada por la Comisión, y así quedó sancionada en el texto de la ley, y la cual era del tenor siguiente:

Artículo 2° (Aprobado por la Cámara):

“El que arbitria, clandestina o fraudulentamente grabe o se imponga de una comunicación entre otras personas la interrumpa o la impida, será castigado con prisión de tres (3) a cinco (5) años.

En la misma pena incurrirá, salvo que el hecho constituya delito más grave, quien revele, en todo o en parte, mediante cualquier medio de información al público, el contenido de las comunicaciones indicadas en la primera parte de este artículo”.

ARTICULO 3°

Exposición de Motivos:

“En el artículo 3, el hecho de imponerse de una comunicación entre otras personas, de forma arbitraria, clandestina o fraudulenta, está penado con

prisión de uno a cuatro años. Con lo que se intenta proscribir la intromisión de terceros en comunicaciones privadas. Asimismo, tendrá la misma pena, quien interrumpa o impida la comunicación. O que revele o difunda el contenido de dichas informaciones.

Lógicamente, el objetivo es preservar el carácter secreto de las comunicaciones, incluso aquellas que, eventualmente hayan sido interferidas por error, como podría ser la ligadura de hilos telefónicos”.

Proyectista había propuesto la siguiente redacción:

Artículo 3° del Proyecto (Reformado):

“Cualquiera que arbitraria, clandestina o fraudulentamente se imponga de una comunicación entre otras personas será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años.

Con la misma pena será castigado quien en la forma expresada, la interrumpiere o impidiese y, a quien, si no constituyese un delito más grave, revela o difunda, de cualquier manera, el contenido de tales comunicaciones”.

En relación a este artículo 3°, la Comisión consideró que su contenido quedaba plasmado en el nuevo artículo 2° que, en definitiva acogió la Cámara. Sin embargo, estimó conveniente proponer un nuevo texto para definir un tipo delictual que no estaba tipificado en el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, el cual está referido a las personas que **instalen** aparatos para grabar o impedir comunicaciones.

En este sentido, el senador Aristides Beaujón expresó en la Cámara, en su sesión del 30 de octubre de 1991, lo siguiente:

“Igualmente otra de las proposiciones que formulamos, estudiadas con mucho detenimiento, es el de que también se debe castigar a quien instale esos aparatos sin estar autorizado para ello, porque es muy fácil que un profesional de esta actividad, de ese oficio, instale aparatos y quede inmune a una sanción, en vez de saber que si se presta para una acción

delictual de esta naturaleza, también la pena lo alcanzará, desde luego con la graduación que establece el Código de Enjuiciamiento Criminal”.

De esta manera, propuso:

Artículo 3° (Aprobado por la Cámara):

“El que sin estar autorizado, conforme a la presente Ley, instale aparatos o instrumentos con el fin de grabar o impedir las comunicaciones entre otras personas, será castigado con prisión de tres (3) a cinco (5) años”.

Este artículo fue aprobado sin ninguna intervención y sin ninguna discusión y así fue reflejado en la Ley sancionada.

ARTICULO 4°

Exposición de Motivos

“En el artículo 4, se castiga con pena de uno a cuatro años de prisión a quien forje falsamente o altere el verdadero contenido de una comunicación. Lo que en la práctica es conocido como un “montaje”, cuyos efectos puedan causar daños a un tercero al público en general.

De la misma forma será castigado quien haga uso de ese “montaje”, o comunicación falsa, aun cuando la hubiera obtenido de fuente anónima e independientemente de haber participado en dicha maniobra.

Esta normativa tiene mucha importancia en el sentido de intentar proscribir ciertas conductas que causen zozobra amparados en el anonimato, en franca violación a la norma constitucional que lo prohíbe (Artículo 66 de la Constitución de la República)”.

El Proyectista había propuesto la siguiente redacción

Artículo 4° del Proyecto (Reformado):

“Cualquiera que forje el contenido de una comunicación o que altere el verdadero, de modo que, usándolo él u otro, pueda causarse un perjuicio

al público o a particulares, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Con igual pena se castigará a todo el que haya hecho uso, o se haya aprovechado del contenido de la comunicación falsificada o alterada, aunque no haya tenido parte en la falsificación o la haya recibido de fuente anónima”.

La Comisión recomendó modificar el artículo propuesto por el proyectista, para incluir la noción de utilidad de cualquier naturaleza, por el hecho de la acción de forjamiento, y, estableciendo una relación, entre quien forjara o alterara la comunicación, por acción (uso) u omisión (dejar que otros usen) y el hecho de obtener una utilidad para sí o para terceros, o de ocasionar un daño y, para aumentar la penalidad de tres (3) a cinco (5) años de prisión.

En virtud de tales consideraciones, y por proposición también de la Comisión de Política Interior de la Cámara del Senado, se acogió la siguiente redacción y la cual fue en definitiva la sancionada por el Congreso:

Artículo 4º (aprobado por la Cámara):

“El que, con el fin de obtener alguna utilidad para sí o para otro, o de ocasionar un daño, forje o altere el contenido de una comunicación, será castigado, siempre que haga uso de dicho contenido o deje que otros lo usen, con prisión de tres (3) a cinco (5) años.

Con la misma pena será castigado quien haya hecho o se haya aprovechado del contenido de la comunicación forjada o alterada, aunque no haya tomado parte en la falsificación o la haya recibido de fuente anónima”.

ARTICULO 5º

Exposición de Motivos

“El artículo 5 intenta proteger la tranquilidad de las personas, como una forma de manifestarse la vida privada. En tal sentido se castiga con pena de prisión de seis a treinta meses a quien perturbe intencionalmente a otra persona por vía de telecomunicaciones, y cause en ella angustia, incertidumbre y temor.

Sin duda alguna esta norma protectora es sumamente beneficiosa, especialmente cuando ocurren perturbaciones del tipo referido. Además de que busca evitar el uso indebido del servicio de telecomunicaciones para proferir amenazas, insultos y cualquier otra forma de causar molestias por esa vía”.

Con base a esta Exposición de Motivos, el proyectista había considerado la siguiente redacción:

Artículo 5° del Proyecto (Reformado):

“Quien, haciendo uso, de cualquier medio de telecomunicación perturbe, intencionalmente la tranquilidad de otra persona, creando en ella estados de angustia, incertidumbre, temor o terror, será castigado con pena de prisión de seis a treinta meses”.

En este sentido la Comisión consideró conveniente la eliminación de la noción de **telecomunicaciones** ya que la perturbación de la tranquilidad de alguien, es lo que debe ser sancionado, no importando que se haga por medios de telecomunicaciones u otros, y agregar la frase: **“por procedimientos condenados por esta Ley”**.

De allí que se propuso la siguiente redacción y que el Congreso aprobó sin hacerle ninguna otra modificación:

Artículo 5° (Aprobado por la Cámara):

“El que perturbe la tranquilidad de otra persona mediante el uso de información obtenida por procedimientos condenados por esta Ley y creare estados de angustia, incertidumbre, temor o terror, será castigado con prisión de seis (6) a treinta (30) meses”.

ARTICULO 6°

Exposición de Motivos :

En el artículo 6, se castiga a las personas que concurren junto con el sujeto activo del delito, con la misma pena que le corresponde a éste. Con ello

se persigue abarcar a cómplices, encubridores o autores intelectuales que hayan participado en el hecho punible.

El artículo 6° venía redactado, en el Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, en los siguientes términos:

Artículo 6° del Proyecto (Eliminado):

“En caso de concurrencia de personas en la Comisión de Delitos tipificados en la presente Ley, todos los participantes serán castigados con la misma pena, cualquiera que fuese el grado de participación”.

En relación con el artículo 6° la Comisión propuso que se eliminara, ya que dicha disposición era ilegal e inconstitucional por violar el principio de la gradación de la pena en función del tipo de delito.

En su intervención ante la Cámara del Senado, Aristides Beaujón señaló:

“Proponemos la eliminación del artículo 6°, porque establece la misma pena cualquiera que sea la participación en el hecho delictual, el que grave o el que conozca, no pueden tener la misma pena, por eso proponemos la eliminación del artículo 6° del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados”.

ARTÍCULO 7°

Exposición de Motivos:

“En el artículo 7 se prohíbe la importación, fabricación, comercio, porte, detención, suministro u ocultamiento con fines ilícitos de los equipos que se usan comúnmente para cometer los delitos especificados en la presente Ley, castigándose con la pena de comiso. Se establece como excepción a los organismos de policía y seguridad del Estado, quienes son los encargados directos de velar por el orden público y la prevención y represión de delitos, sujetándose sus actuaciones a la previa autorización judicial”.

El Proyecto de Ley presentado recogía la norma con la siguiente redacción:

Artículo 7° del Proyecto (Eliminado):

“Queda terminantemente prohibida la importación, fabricación, comercio, porte, detentación, suministro u ocultamiento con fines ilícitos de los equipos, aparatos e instrumentos especificados en el artículo 2°, los cuales estarán sujetos a la pena de comiso por parte de las autoridades competentes.

Se exceptúan de esta prohibición los organismos de policía y seguridad del Estado, pero su uso queda restringido a la previa autorización judicial”.

La Comisión de Política Interior de la Cámara del Senado propuso su eliminación por inconveniente. Así se señalaba en el Informe que presentó a la Cámara del Senado:

“En efecto, la determinación de los aparatos o instrumentos idóneos para una interceptación o una grabación es de tal complejidad en la era tecnológica que estamos viviendo, que ello nos llevaría a que un simple micrófono direccional de los utilizados por las orquestas, o un grabador de alto rango como el que utilizan los estudios de grabación o que incluso una cámara de video con un lente potente pueden caer dentro de la categoría de aparatos o instrumentos idóneos y, estando según el Proyecto, su importación o detentación permitida única y exclusivamente a los organismos de policía y seguridad del Estado queda restringido su uso, tal como lo especifica el propio artículo, a una autorización judicial.

Creemos que los efectos perniciosos de una norma de esta naturaleza podría evitarse, lo que pretende la normativa en el Proyecto no es que se importe, se fabrique, se comercie, se porte, se detente o se suministre un equipo, aparato o instrumento, sino que se use fraudulentamente, arbitraria o clandestinamente para fines prohibidos por la Ley”.

Evidentemente -y así lo señaló Aristides Beaujón- este artículo tenía claros visos de inconstitucionalidad, pues no se puede prohibir la importación o fabricación de instrumentos y aparatos utilizados normalmente por la sociedad y además con una utilidad innegable.

Lo que se debe castigar, en efecto, es el uso de esos aparatos para cometer cualesquiera de los hechos calificados como delito por la propia ley; es decir, lo que se castiga no es el medio sino los fines. De allí que no se puede prohibir los medios sino castigar los fines (logrados) por el autor.

ARTICULO 8°

Exposición de Motivos:

En el artículo 8, se enumeran los casos en los cuales podrá realizarse lícitamente la interceptación de comunicaciones. Como punto esencial se establece que sólo podrá ordenarla el juez de Primera Instancia en lo Penal competente al organismo de seguridad correspondiente, cuando se trate de delitos contra la independencia y seguridad de la Nación, contra el Patrimonio Público, los previstos en la Ley Orgánica de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas y aquellos delitos castigados con pena de ocho (8) años o más en su límite máximo.

El artículo 8° del Proyecto fue aprobado sin modificaciones por la Cámara de Diputados, y establecía lo siguiente:

Artículo 8° del proyecto (Reformado):

“Solamente el juez de Primera Instancia en lo Penal competente podrá ordenar por escrito a los organismos del Estado, previo conocimiento de causa y por auto razonado, la interceptación de comunicaciones, y aun sin reproducción sumaria, y únicamente en los casos siguientes:

- a) Delitos contra la independencia y seguridad de la Nación.*
- b) Delitos contra el patrimonio público.*
- c) Delitos previstos en la Ley Orgánica de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas.*
- d) Cualquier delito castigado con pena privativa de libertad de ocho años o más en su límite máximo.*

En la Cámara de Diputados, este artículo fue reformado otorgando la competencia a los jueces superiores para autorizar la interceptación de la comunicación, y por los mismos delitos.

El texto aprobado por la Cámara de Diputados, era el siguiente:

Artículo 8° (Aprobado por Diputados. Reformado por el Senado):

“Solamente el juez superior, con competencia en materia penal, en la jurisdicción donde se pretenda realizar la interceptación, podrá autorizar por escrito a los organismos de seguridad del Estado, previo conocimiento de causa y por auto razonado, la interceptación de comunicaciones para prevenir, investigar, o sancionar hechos punibles, y aun su reproducción sumaria, únicamente en los casos siguientes (...).”

En relación a este artículo la Comisión consideró conveniente dividirlo en dos artículos para precisar con mayor claridad los supuestos de hecho que recoge y para establecer que son los jueces de Primera Instancia en lo Penal quienes deben autorizar las grabaciones en los casos permitidos por esta Ley, ya que los jueces superiores no tienen funciones instructoras.

De esta manera, uno de los artículos regula los casos de excepción, donde se podrá impedir o interrumpir, e incluso grabar las comunicaciones (el cual se identificó con el número 6°), y el segundo artículo aprobado por el Senado, se refiere al procedimiento para obrar excepcionalmente de acuerdo con el artículo 6°, antes y después de la interceptación o grabación.

De esta manera, la Comisión propuso:

Artículo 6° (Aprobado por el Senado):

Las autoridades de policía, auxiliares de la administración de justicia, podrán impedir, interrumpir, interceptar o grabar comunicaciones, únicamente a los fines de la investigación de los siguientes hechos punibles:

- a) Delitos contra la seguridad e independencia del Estado.*
- b) Delitos previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.*
- c) Delitos contemplados en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas.*
- d) En los delitos de secuestro y extorsión.*

En el debate que se abrió durante la sesión, la senadora Lolita Aniyar de Castro, señaló:

“Señor Presidente. Para hacer una pequeña observación que me parece importante. Según el Código Penal “extorsión” es una cosa muy amplia. Va desde las cosas más insignificantes hasta las más graves. Pienso que incluir extorsión en forma más simple, puede ser muy peligroso, creo que debería ser “extorsión de carácter grave”, o darle un calificativo que haga justificable la intervención de las comunicaciones en este caso.

Extorsión es obtener ventajas a través de amenazas a otra persona. El tamaño de esas ventajas y el tamaño de esas amenazas no está definido. Pienso que poner así, extorsión pura y simplemente, puede ser ampliar demasiado el radio de excepcionalidad”.

Mientras por otro lado, el senador Edgar Flores Pérez señaló que la graduación de la gravedad de este delito la da o la va a considerar el juez frente al cual la autoridad auxiliar de justicia va a solicitar la autorización para poder proceder a la intervención. Esta fue la tesis que prevaleció y así quedó plasmado en el artículo propuesto por la Comisión de Política Interior.

Artículo 7° (Aprobado por el Senado):

“En los casos señalados en el artículo anterior, las autoridades de policía, auxiliares de la administración de justicia, solicitarán razonadamente al juez de Primera Instancia en lo Penal, que tenga competencia territorial en el lugar donde se realizaría la intervención, la correspondiente autorización, con expreso señalamiento del tiempo de duración, lugares, medios y demás extremos pertinentes. El juez notificará, de inmediato, de este procedimiento al Fiscal del Ministerio Público.

Excepcionalmente, en casos de extrema necesidad y urgencia, los órganos de policía podrán actuar sin autorización judicial previa, notificando de inmediato al juez de Primera Instancia en lo Penal y al fiscal del Ministerio Público, sobre esta actuación, en acta motivada que se acompañará a las notificaciones y a los efectos de la autorización que corresponda.

En caso de inobservancia del procedimiento aquí previsto, la intervención, grabación o interceptación será ilícita y no surtirá efecto probatorio alguno y los responsables serán castigados con prisión de tres (3) a cinco (5) años”.

En el curso del debate, en el cual se discutió la confiabilidad de los órganos de policía, se llegó a la conclusión de que algunos términos utilizados en el artículo estaban completamente indeterminados, como por ejemplo **inmediatamente**; por ello se prefirió establecer límites temporales para hacer la notificación. Además se señaló el tiempo máximo de duración que podían tener los organismos de seguridad del Estado para realizar las grabaciones.

Bajo esta óptica y con base a las anteriores consideraciones, el Congreso aprobó la siguiente redacción y el cual constituye el texto del artículo 7° de la Ley vigente:

Artículo 7° (Aprobado por el Congreso):

En los casos señalados en el artículo anterior, las autoridades de policía, como auxiliares de la administración de justicia, solicitarán razonadamente al juez de Primera Instancia en lo Penal, que tenga competencia territorial en el lugar donde se realizaría la intervención, la correspondiente autorización, con expreso señalamiento del tiempo de duración, que no excederá de sesenta (60) días, pudiendo acordarse prórrogas sucesivas mediante el mismo procedimiento y por lapsos iguales de tiempo, lugares, medios y demás extremos pertinentes. El Juez notificará, de inmediato, de este procedimiento al fiscal del Ministerio Público.

Excepcionalmente, en casos de extrema necesidad y urgencia, los órganos de policía podrán actuar sin autorización judicial previa, notificando de inmediato al juez de Primera Instancia en lo Penal, sobre esta actuación, en acta motivada que se acompañará a las notificaciones y a los efectos de la autorización que corresponda, en un lapso no mayor de ocho (8) horas.

En caso de inobservancia del procedimiento aquí previsto, la intervención, grabación o interceptación será ilícita y no surtirá efecto probatorio

alguno y los responsables serán castigados con prisión de tres (3) a cinco (5) años.

La Comisión, además, propuso la creación de un artículo nuevo con la finalidad de establecer que las grabaciones realizadas con autorización del juez de Primera Instancia en lo Penal, serán de uso exclusivo de las autoridades policiales y judiciales. Esta proposición fue acogida por la Cámara del Senado y aprobada sin observaciones.

Artículo 8 (Aprobado por el Senado):

Toda grabación autorizada conforme a lo previsto en la presente Ley, será de uso exclusivo de las autoridades policiales y judiciales encargadas de su investigación y procesamiento, quedando en consecuencia prohibido a tales funcionarios divulgar la información obtenida.

Si los funcionarios señalados en este artículo infringen la disposición antes señalada serán castigados con la pena establecida en el artículo 2° de esta Ley aumentada hasta las dos terceras (2/3) partes.

ARTICULO 9°

Exposición de Motivos:

En el artículo 9, se establece que la acción se ejercerá por acusación de la parte agraviada, en términos generales.

Se procederá de oficio, cuando el sujeto activo sea o haya sido funcionario público, de los servicios telefónicos, técnico en comunicaciones, investigador privado, o funcionario de los cuerpos policiales y de seguridad del Estado. En cuyos casos, se presume que ha actuado valido de su condición de conocer o experto en la materia, lo que sería una violación a la ética en el ejercicio de tales profesiones.

También se establece que se actuará de oficio si una de las partes interceptadas es funcionario público, quien dada su condición, puede poseer información de interés para el Estado y comprometer con ello la reserva acerca de la información administrativa del organismo.

El proyectista de la Ley había considerado incluir como autores calificados para actuar de oficio a los **técnicos en comunicaciones, investigadores privados**, y como víctima calificada para actuar de oficio cuando una de las partes fuese funcionario público.

De esta manera, el Proyecto original de la Ley establecía:

Artículo 9° del Proyecto de Ley (Reformado):

“La acción para el enjuiciamiento de los delitos tipificados en la presente Ley, se ejercerá por acusación de la parte agraviada.

Se procederá de oficio si el presunto autor es o ha sido:

- 1. Funcionario o empleado público.*
- 2. Funcionario o empleado de los servicios telefónicos.*
- 3. Técnico en comunicaciones.*
- 4. Investigador privado.*
- 5. Funcionario o empleado de los cuerpos policiales o de seguridad del Estado.*

UNICO: También se procederá de oficio si en la comunicación telefónica interceptada una de las partes fuese un funcionario público.

El artículo propuesto no sufrió modificación alguna en las discusiones que se le dieron en el Senado.

No obstante la Comisión de Política Interior de la Cámara del Senado, propuso que el artículo 9° fuese aprobado con modificaciones, para señalar que se procedería de oficio cuando el presunto autor es o era funcionario para el momento de la interceptación y eliminar lo relativo a técnico de comunicaciones e investigador privado; y a tales efectos propuso una nueva redacción, la cual fue aprobada sin observaciones, y quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 9° (Aprobado por el Senado):

“La acción, para el enjuiciamiento de los delitos tipificados en la presente Ley, se ejercerá por acusación de parte agraviada.

Se procederá de oficio si el presunto autor es o era para el momento de la interceptación:

- 1. Funcionario o empleado público.*
- 2. Funcionario o empleado de los servicios de teléfonos.*
- 3. Funcionario o empleado de los cuerpos policiales o de seguridad del Estado.*

Esta fue en definitiva, la redacción acogida por el Congreso en su sesión conjunta del 21 de noviembre de 1991.

ARTICULO 10°

Exposición de Motivos:

En el artículo 10, se establecen los agravantes del delito si el presunto autor es funcionario o empleado público de los servicios telefónicos, profesional o técnico en comunicaciones, funcionario policial o de seguridad del Estado.

En tales casos, la pena será aumentada de un tercio a la mitad.

La razón de estos agravantes se asienta en que esos casos, el presunto autor se desempeña valido de sus conocimientos en tareas de inteligencia y seguridad.

Por último, se establece como agravante especial, con aumento de dos terceras partes de la pena, si la víctima de la grabación ilícita es alguna de las altas autoridades del Estado, enumerados en el artículo 215 de la Constitución, altos oficiales de las Fuerzas Armadas y altos directivos de los Institutos Autónomos o Empresas del Estado, quienes, por lo delicado de sus atribuciones, manejan información secreta de tipo estratégico que podría comprometer el patrimonio público o la seguridad del Estado.

De ahí la suma importancia de proteger la función pública de los altos funcionarios, quienes requieren privacidad en los asuntos propios de su gestión.

El Proyecto original presentado a las Cámaras establecía los agravantes de los delitos tipificados en la Ley, bajo los siguientes términos:

Artículo 10° del Proyecto (Eliminado):

"Se considerarán agravantes con aumento de dos terceras partes, de la pena, si la víctima de la grabación ilícita está contenida en la siguiente circunstancia:

- 1. Que se trate de las altas autoridades del Estado, enumerados en el artículo 215 de la Constitución Nacional.*
- 2. Que se trate de los altos oficiales de las Fuerzas Armadas Nacionales.*
- 3. Que se trate de altos directivos de Institutos Autónomos o Empresas del Estado.*

La Comisión consideró que se debía eliminar el artículo citado porque el delito de la interceptación de comunicaciones es grave cualesquiera que sean los ciudadanos que incurran en ella.

El Senado en su sesión del 30 de octubre de 1991 decidió eliminar el artículo en referencia siguiendo las recomendaciones de la Comisión de Política Interior y de los Derechos Humanos de la Cámara.

La Ley en definitiva fue sancionada el 28 de noviembre de 1991, y promulgada por el Presidente de la República el 16 de diciembre del mismo año, siendo publicada en la Gaceta Oficial de esta misma fecha.

APENDICE
TEXTO DE LA LEY
LEY SOBRE PROTECCION A LA
PRIVACIDAD DE LAS COMUNICACIONES
(Publicada en la Gaceta Oficial N° 34.863
del 16 de diciembre de 1991)

ARTICULO 1°

La presente Ley tiene por objeto proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzca entre dos o más personas.

ARTICULO 2°

El que arbitraria, clandestina o fraudulentamente grabe o se imponga de una comunicación entre personas, la interrumpa o impida, será castigado con prisión de tres (3) a cinco (5) años.

En la misma pena, incurrirá, salvo que el hecho constituya delito más grave, quien revele, en todo o en parte, mediante cualquier medio de información, el contenido de las comunicaciones indicadas en la primera parte de este artículo.

ARTICULO 3°

El que, sin estar autorizado, conforme a la presente Ley, instale aparatos o instrumentos con el fin de grabar o impedir las comunicaciones entre otras personas, será castigado con prisión de tres (3) a cinco (5) años.

ARTICULO 4°

El que, con el fin de obtener alguna utilidad para sí o para otro, o de ocasionar un daño, forje o altere el contenido de una comunicación, será castigado, siempre que haga uso de dicho contenido o deje que otros lo usen, con prisión de tres (3) a cinco (5) años.

Con la misma pena será castigado quien haya hecho uso o se haya aprovechado del contenido de la comunicación forjada o alterada, aunque no haya tomado parte en la falsificación o la haya recibido de fuente anónima.

ARTICULO 5°

El que perturbe la tranquilidad de otra persona mediante el uso de información obtenida por procedimientos condenados por esta Ley y creare estados de angustia, incertidumbre, temor o terror, será castigado con prisión de seis (6) a treinta (30) meses.

ARTICULO 6°

Las autoridades de policía, como auxiliares de la administración de justicia, podrán impedir, interrumpir, interceptar o grabar comunicaciones, únicamente a los fines de la investigación de los siguientes hechos punibles:

- a) Delitos contra la seguridad o independencia del Estado.
- b) Delitos previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.
- c) Delitos contemplados en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.
- d) Delitos de secuestro y extorsión.

ARTICULO 7°

En los casos señalados en el artículo anterior, las autoridades de policía, como auxiliares de la administración de justicia, solicitarán razonablemente al juez de Primera Instancia en lo Penal, que tenga competencia territorial en el lugar donde se realizaría la intervención, la correspondiente autorización, con expreso señalamiento del tiempo de duración, que no excederá de sesenta (60) días, pudiendo acordarse prórrogas sucesivas mediante el mismo procedimiento y por lapsos iguales de tiempo, lugares, medios y demás extremos pertinentes. El juez notificará, de inmediato, de este procedimiento al fiscal del Ministerio Público.

Excepcionalmente, en casos de extrema necesidad y urgencia, los órganos de policía podrán actuar sin autorización judicial previa, notificando de inmediato al juez de Primera Instancia en lo Penal, sobre esta actuación, en acta motivada que se acompañará a las notificaciones y a los efectos de la autorización que corresponda, en un lapso no mayor de ocho (8) horas. En caso de inobservancia del procedimiento aquí previsto, la intervención, grabación o interceptación

será ilícita y no surtirá efecto probatorio alguno y los responsables serán castigados con prisión de tres (3) a cinco (5) años.

ARTICULO 8°

Toda grabación autorizada conforme a lo previsto en la presente Ley, será de uso exclusivo de las autoridades policiales y judiciales encargadas de su investigación y procesamiento, quedando en consecuencia prohibido a tales funcionarios a divulgar la información obtenida.

Si los funcionarios señalados en este artículo infringen la disposición antes señalada serán castigados con la pena establecida en el artículo 2° de esta Ley aumentada hasta las dos terceras (2/3) partes.

ARTICULO 9°

La acción, para el enjuiciamiento de los delitos tipificados en la presente Ley, se ejercerá por acusación de parte agraviada.

Se procederá de oficio si el presunto autor es o era para el momento de la interceptación:

- a) Funcionario o empleado público.
- b) Funcionario o empleado de los servicios de teléfono.
- c) Funcionario o empleado de los cuerpos policiales o de seguridad del Estado.

Dada, firmada y sellada en el Palacio Federal Legislativo, en Caracas, a los veintiocho días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y uno. Años 181° de la Independencia y 172° de la Federación.

Salario de referencia para el pago de la vacación anual

Fernando Parra Aranguren

**Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 87
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1993**

I.- Un Sindicato de empresa solicitó de ésta:

A.- Continuará pagando las vacaciones vencidas y no disfrutadas por los trabajadores con base al salario devengado por éstos al iniciar el goce de las mismas; y

B.- Cancelara -en el mismo supuesto de vacaciones vencidas y no utilizadas- el bono vacacional de conformidad con la convención colectiva de trabajo vigente para la fecha de la actualización del derecho y no con la aplicable en el momento de su nacimiento; y

C.- En relación con el lapso de la vacación, que aplicara la regla vigente para la fecha del ejercicio del derecho.

II. Fundamentó su petición de la siguiente manera:

A.- Hasta 1989, la empresa había utilizado como salario -para el pago de las vacaciones vencidas y no disfrutadas- el devengado por el beneficiario en el momento del nacimiento del derecho y había cancelado el bono vacacional de conformidad con la regla convencional aplicable en ese tiempo.

B.- A partir de 1989 -y hasta diciembre de 1991- inició la práctica de liquidarlas de acuerdo con la remuneración percibida para la fecha del ejercicio del derecho. Del mismo modo canceló el bono vacacional, o sea, de conformidad con la disposición vigente para la época del goce efectivo del descanso.

C.- En el mes de enero de 1992, el empleador volvió al sistema antiguo: comenzó a cancelar -las vacaciones vencidas y no disfrutadas así como el bono

correspondiente- con fundamento en la retribución devengada por el trabajador para el momento del nacimiento del derecho.

D.- El modo de pago descrito en el literal B -en criterio de la organización sindical, había creado, a favor de los trabajadores, un “beneficio” que no podía ser modificado unilateralmente por implicar una desmejora en las condiciones de empleo.

E.- Las mismas reglas utilizadas en relación con el pago de la vacación y el bono fueron utilizadas para determinar la duración del período vacacional.

III.- Como causa justificatoria del cambio efectuado a partir de enero de 1992, la Empresa alegó el dispositivo del artículo 145 de la Ley Orgánica del Trabajo de 20 de diciembre de 1990.

IV.- El caso planteado se reduce a resolver dos situaciones diferentes y ambas deben solucionarse a la luz de dos ordenamientos distintos -el vigente hasta el 30 de abril de 1991 y el que lo está a partir del 1º de mayo del mismo año- a saber:

A.- ¿Puede una práctica derogar normas de orden público (esto es, de carácter imperativo)?; y

B.- Si fuese posible -y la práctica se probase- ¿cuáles son sus efectos jurídicos?

V.- La primera implica determinar la naturaleza jurídica de la vacación.

A.- “La vacación -señala Rafael Caldera- es un **descanso legal obligatorio** (... durante el cual) el trabajador ha sido relevado de la concurrencia a su diaria faena, pero (...) **ha contraído** (frente a la comunidad) **la obligación del descanso**, obligación que no puede infringir sin exponerse a la sanción legal” (*Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1960, Tomo I, p. 495)¹.

B.- “Frente al patrono -apunta Rafael Alfonzo-Guzmán- la vacación anual es (...) un derecho exigible a la terminación del período anual de trabajo

¹ En esta cita -y en las siguientes- los destacados son de quien suscribe, salvo indicación expresa en contrario.

ininterrumpido. Frente al Estado, representa para el trabajador una obligación, cuya naturaleza participa, como el derecho, del carácter de orden público que la hace irrenunciable o no sujeta a modificación restrictiva por convenios entre las partes de la relación de trabajo" (*Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana*, Caracas, 1987, tomo II, pp. 322-323).

En consecuencia, afirma el mismo autor, **al nacer el derecho, su titular debe interrumpir** toda su "actividad, incluso para sí mismo, con objeto de que su organismo reponga el desgaste natural causado por el esfuerzo continuado durante el año" (*ibidem*, p. 344).

C.- Esto significa que -en criterio de la doctrina mencionada, compartido por quien suscribe- el instituto de la vacación -y, consecuencialmente, su disfrute- es de orden público. Esto es, sus reglas tienen carácter imperativo y sólo pueden ser modificadas -dentro de las limitaciones permitidas- para beneficiar al trabajador.

Debe, por tanto, revisarse el contenido de los preceptos reguladores del instituto con miras a determinar los límites establecidos a la voluntad de los interlocutores sociales.

VI. La normativa legal vigente hasta el 30 de abril de 1991 fue muy parca en la materia.

A.- Consagró dos derechos a favor del trabajador (el de disfrutar de un período de vacación anual remunerado y el de percibir un bono vacacional), ambos en los términos, condiciones y modalidades señalados²; y

B.- Estableció la pérdida del derecho a la remuneración de la vacación, si, durante su disfrute, el beneficiario realizaba, para sí o para otro, labores

² Artículos 58 y 59 de la Ley del Trabajo de 3 de noviembre de 1947, reformada el 11 de julio de 1966, el 31 de mayo de 1974, el 15 de abril de 1975, el 22 del mismo mes y año y el 11 de julio de 1983. No se entiende el por qué, la Ley Orgánica del Trabajo -artículo 657- deroga tanto la Ley del Trabajo de 1936 como la reforma de 4 de mayo de 1945, ya abrogadas por la Ley de 3 de noviembre de 1947, por una parte, y, por la otra, en algunos casos, identifica incorrectamente las leyes dejadas sin efecto, pues no lo hace de conformidad con lo previsto en la normativa vigente (con la fecha del cumpíase y no con la de su publicación en la Gaceta Oficial), vd. Fernando Parra Aranguren, "Reflexiones sobre el Título Primero de la Ley Orgánica del Trabajo", en *Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República*, N° 5, Caracas, 1992, pp. 109-110).

opuestas a la finalidad del instituto (artículo 285). Esta regla se justificó porque fue concebido como un **derecho-deber** del trabajador: únicamente así -afirma Alfonso-Guzmán- “es posible entender la singular sanción de la pérdida del derecho a la retribución, en los casos en que se infringe el deber de suspender la actividad que contraría la finalidad del descanso (pues) no es concebible una sanción por el inejercicio de un derecho, ni aun cuando éste sea irrenunciable” (*ibidem*, p. 323).

Esta interpretación se corrobora -a su juicio- cuando se advierte “que es esa la **única vez** que el legislador venezolano sanciona al trabajador con la pérdida de la retribución del beneficio” (*idem*). Esto lo reitera posteriormente, al destacar que es -en la normativa nacional- “la única sanción económica exclusiva de los trabajadores” (ob. cit., Tomo III, Caracas, 1988, p. 731).

Lo expuesto “prueba -en criterio del mismo autor- el singular valor de la vacación anual para nuestra disciplina jurídica, que, como todas, es expresión de la noción del bien común propia de la sociedad que la promulga. Así, **el goce del período de descanso, aparece más que como una obligación del patrono, jurídicamente contrapuesta al derecho del trabajador, como un terminante deber de éste, en cuyo cabal cumplimiento el Estado se encuentra directamente interesado**” (ob. cit., Tomo II, p. 323).

VII. El Reglamento de la Ley del Trabajo, de 31 de diciembre de 1973, desarrolló las normas comentadas. Del análisis de sus disposiciones se desprende:

A.- La vacación debe disfrutarse de manera efectiva (artículo 91).

B.- El empleador debe pagarla aun en el supuesto de su cancelación sin la concesión del tiempo necesario para su disfrute (artículo 91) y debe hacerlo con base en el salario normal, esto es, el efectivamente devengado por el trabajador, en forma sistemática y permanente, en el tiempo inmediatamente anterior a su determinación (artículos 93 y 114).

C.- El goce de la vacación puede posponerse:

1.- “Por un período equivalente a la suma de los días en que no hubiere concurrido el trabajador a sus labores” por causa justificada (artículo 95). Esta

hipótesis no tipifica, en realidad, un caso de postergación: si el derecho a la vacación es exigible después de un año de servicios ininterrumpidos, el de disfrutarla no nace a favor del trabajador hasta tanto dicho dato jurídico no se ha actualizado.

2.- Hasta por tres meses, previo acuerdo entre los interlocutores sociales: si el mismo no fuese posible en relación con la fecha de disfrute, ésta sería fijada por el Inspector del Trabajo (artículo 99).

3.- Excepcionalmente, a solicitud del asalariado y previa autorización del mismo funcionario del trabajo, podrían juntarse hasta dos vacaciones, “cuando la finalidad de dicha acumulación sea razonable” (artículo 99).

D.- La facultad del trabajador -por sí o por medio de representante- de requerirle a la autoridad competente (Inspector del Trabajo de la jurisdicción) la determinación de la fecha para ejercitar su **derecho** a la vacación y cumplir su **deber** de descansar.

E.- La obligación de pagar -si la relación de trabajo concluyese por cualquier causa “sin que los trabajadores hayan disfrutado de la **vacación** a que tiene derecho”- la remuneración que a cada uno de ellos corresponda (artículo 103).

Esta regla -interpretada en conexión con las anteriormente citadas- sólo podía referirse a los supuestos lícitos de posposición: jurídicamente es imposible la existencia de otras hipótesis. Esto es, la normativa nacional no permitía más de una vacación vencida y no disfrutada: por ello el autor de la norma aludía a la **vacación** y no a las **vacaciones**.

F.- En los supuestos de diferimiento del disfrute de la vacación, ésta debía pagarse con la remuneración correspondiente a la fecha del nacimiento del derecho:

1.- En este orden de ideas se orientó el criterio administrativo y judicial. El 11 de agosto de 1982, la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo señaló: “el salario por concepto de vacaciones debe calcularse y pagarse de acuerdo con las normas vigentes en la empresa para el día en que nace para el trabajador el derecho a su disfrute” (*ibidem*, p. 360).

2.- Los artículos 91 y 103 del Reglamento -observa Alfonso-Guzmán- tienen la misma dirección (*ibidem*, pp. 343-344)³.

VIII.- Resumiendo lo expuesto en los acápites VI y VII, puede afirmarse que, en la normativa anterior a la Ley Orgánica del Trabajo,

A.- El instituto de la vacación -y su disfrute- estaba regulado por disposiciones de orden público y tenía las siguientes características:

1.- Era un derecho y un deber de los trabajadores.

2.- Debía ejercitarse -y cumplirse- en la fecha de su nacimiento, salvo los casos de posposición autorizados por el orden jurídico (los contemplados en el artículo 99 del Reglamento).

3.- Debía pagarse -de conformidad con diuturna y pacífica interpretación- con fundamento en el salario devengado en ese momento.

B.- En consecuencia:

1.- No era compensable en dinero, salvo en las hipótesis de diferimiento contempladas en el citado artículo 99, por ordenarlo el dispositivo del 103 *ejusdem*.

2.- Los casos de postergamiento indicados en el artículo 99 del Reglamento eran taxativos: el convenio de los interlocutores sociales para postergarla hasta por tres meses y la posibilidad de acumular hasta dos vacaciones a solicitud del

³ Alfonso-Guzmán, sin embargo, opina en sentido contrario: "a nuestro juicio -afirma- el salario adeudado por el empleador es el del momento del disfrute real del beneficio: de conformidad con el artículo 101 del Reglamento, el pago de la remuneración por concepto de vacaciones deberá efectuarse al iniciarse el período correspondiente (pues) la intención legislativa es permitir que el trabajador perciba durante el descanso obligatorio el mismo salario que devenga para el día en que efectivamente hace uso del derecho, y no el que mereció en una fecha anterior" (*Ibidem*, p. 343).

No compartimos esta interpretación. El dispositivo del artículo 101 no busca resolver el problema del salario a utilizarse para cancelar la vacación: ordena su pago al inicio de su disfrute. Su finalidad no es -como señala Alfonso-Guzmán- "que el trabajador perciba durante el descanso obligatorio el mismo salario que devenga para el día en que efectivamente hace uso del derecho, y no el que mereció en una fecha anterior", sino que tenga numerario para disfrutarla.

trabajador y previa autorización del Inspector del Trabajo, si la finalidad de tal acumulación fuese razonable. En estos supuestos de suspensión lícita del ejercicio del derecho, y sólo en ellos, **podría estipularse, u ordenarse unilateralmente**, su pago con base en un salario diferente al devengado en el momento de su nacimiento.

En este sentido se orientó la doctrina administrativa: "entiende este Despacho que el poder reglamentario ha distinguido entre el nacimiento del derecho y su disfrute efectivo; distinción que se ajusta al texto expreso del artículo 54 del Reglamento (se refiere al de la Ley del Trabajo de 30 de noviembre de 1938) (...) y a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley (...). En consecuencia, (...) **en caso de ser pospuesto el disfrute de la vacación anual(...) mediante acuerdo con el patrono o por fijación efectuada por el Inspector (...) el salario correspondiente (...) será el promedio devengado durante los tres meses inmediatos anteriores a la fecha del disfrute**" (Ministerio del Trabajo, Consultoría Jurídica, Mem. N° 82, de 5-2-60, *idem*).

3.- Otras posibilidades de diferimiento del disfrute del derecho **expresan conductas ilícitas del trabajador** y, como tales, sancionables de conformidad con los artículos 285 de la Ley y 97 del Reglamento. Tales supuestos no podrían ser regulados de modo diferente al establecido en el ordenamiento jurídico, por el carácter de orden público de la normativa estudiada. En contra de las normas comentadas, no podría alegarse una práctica en contrario más beneficiosa al trabajador pues, por ilegal, no podría ser fuente de derechos y de obligaciones⁴.

C.- De acuerdo con lo expuesto, hasta el 1° de mayo de 1991, era imposible, desde el punto de vista jurídico, crear prácticas contrarias a disposiciones de orden público, en especial, si las mismas fomentaban conductas antagónicas a las imperativas prescritas en ellas. Cualquier convenio, práctica o uso o costumbre en este sentido no podría considerarse fuente de derecho, pues nadie puede alegar en su favor su propia torpeza y, en el caso objeto de estas notas,

⁴ En este sentido pudiera hablarse de obligación (en su doble sentido, relación jurídica o norma y deuda o prestación) sin causa, vd. José Manuel Delgado Ocando, *Programa de Filosofía del Derecho Actual*, Maracaibo, 1969, p. 218.

se tipifican conductas ilícitas tanto del empleador como de los trabajadores, aunadas a -calificados con benevolencia- comportamientos negligentes de la organización sindical reclamante y del Inspector del Trabajo de la jurisdicción.

D.- A pesar de lo indicado en el literal anterior, práctica (de pagar las vacaciones con base al salario devengado para el momento de su disfrute) no es, de existir, ilícita en todos los casos. Puede producir efectos de derecho en los supuestos de postergación autorizados por el ordenamiento jurídico, pues éstos configuran conductas permitidas y, por ende, los interlocutores sociales pueden crear -unilateral o bilateralmente- consecuencias de derecho más favorables para el trabajador.

Por ello, existente la práctica de cancelar las vacaciones vencidas y no disfrutadas, con el salario devengado por el beneficiario del derecho al momento de su disfrute, ésta **puede y debe aplicarse** en los supuestos de postergación permitidos por el ordenamiento jurídico. En **otras hipótesis** no, pues, por contravenir normas de carácter imperativo, no podría dar origen a derechos y obligaciones.

IX. La Ley Orgánica del Trabajo de 20 de diciembre de 1990 confirma las disposiciones comentadas y, de este modo, ratifica el carácter de derecho-deber del instituto. Introduce, sin embargo, algunas innovaciones y modificaciones relacionadas con los términos, condiciones y modalidades del mismo, entre las cuales cabe mencionar:

A.- De las innovadoras, la contenida en el artículo 145, mediante la cual el legislador resuelve -sin lugar a duda- el problema del salario base para el pago de los períodos de vacación vencidos pero no disfrutados: “el **salario normal** devengado por el trabajador en el mes efectivo de labores inmediatamente anterior al día en que **nació** el derecho a la vacación”.

Caben, sin embargo, varias observaciones:

1.- Con la frase **salario normal**, el legislador no quiso crear una especie nueva de **salario**. La utiliza con miras a establecer un modo para cuantificar los derechos del trabajador en determinados supuestos: días de descanso semanal

y feriados, horas extras y bono nocturno; indemnizaciones de antigüedad y sustitutiva del preaviso; **vacaciones y bono vacacional** (artículos 144, 145, 223 y 146, respectivamente).

2.- La LOT, sin embargo, no precisa su significado. En su determinación se distinguen varias etapas:

a.- Desde la vigencia de la LOT hasta el 7 de setiembre de 1992, en concordancia con el Reglamento de la Ley del Trabajo de 31 de diciembre de 1973, artículo 114;

b.- Del 8 de setiembre de 1992 (fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Decreto N° 2.483, de 13 de agosto de ese año) hasta el 18 de enero del presente año, en correspondencia con el artículo 1 de dicho Decreto; y

c.- Del 19 de enero del año en curso hasta hoy, en conformidad con el Decreto N° 2.751, de 7 del mismo mes y año, artículo 1. Este entiende por **salario normal** al enunciado en LOT, artículo 133, despojado de las percepciones **no vinculadas con la jornada ordinaria**, esto es, las accidentales (entre ellas, los pagos por concepto de horas extra o trabajo nocturno, cuando verdaderamente son **eventuales**); las graciosas; las que no están supeditadas a la labor pactada; y las excluidas por alguna disposición legal (i.e., artículos 133, párrafo único, y 392, literal c).

El concepto se identifica así con la retribución que las partes en el contrato de trabajo tomaron en consideración en el momento de celebrarlo, como contraprestación de la jornada ordinaria convenida, dado que para ese momento inicial ninguna de ellas pudo tener en cuenta percepciones provenientes de hechos accidentales, extraordinarios, graciosos o sin relación con el trabajo pactado.

No obstante lo expuesto, por imperio de la ley, en la cantidad que anualmente se abona en cuenta al trabajador, por concepto de antigüedad, se incluirá una suma equivalente a un doceavo del bono vacacional establecido en el artículo 223, a partir de la vigencia de la ley⁵.

⁵ El concepto reglamentario puede ser modificado por los interlocutores sociales mediante una convención o acuerdo colectivo de trabajo o a través de un contrato individual de trabajo.

B.- Entre las modificadoras de reglas preexistentes, se destacan:

1.- El artículo 227 mediante el cual se regula el supuesto del disfrute de la vacación de quienes laboran para varios empleadores, pues acentúa la obligación de los trabajadores de ejercer tal derecho en el momento señalado, salvo las excepciones permitidas.

2.- El 229 por permitir -a solicitud del trabajador- el diferimiento del ejercicio de las vacaciones para acumular hasta las “de tres (3) períodos, cuando la finalidad de dicha acumulación sea conveniente para el solicitante”.

3.- El 230 en cuanto faculta a los interlocutores sociales para posponer las vacaciones anuales hasta un lapso máximo de seis (6) meses.

C.- La Ley Orgánica del Trabajo, en consecuencia, ratifica el carácter de derecho-deber del instituto y regula tanto los supuestos lícitos de diferimiento del ejercicio de las vacaciones como la forma de computar su pago. **En estos supuestos -y en ningún otro por el carácter de orden público de sus disposiciones- puede pactarse (o establecerse unilateralmente por el empleador) un modo diferente para su cancelación.**

Esto significa que el convenio, la práctica o el uso o costumbre de pagar la vacación con fundamento en el salario normal (u otro tipo de salario, como el integral, por ejemplo) para el momento del ejercicio del derecho sólo sería requerible en los casos previstos por los artículos 229 y 230. En otras hipótesis, el precepto convencional (o surgido de la práctica) estaría reglando posibilidades ilícitas y, por ende, no sería exigible por ante los órganos competentes para aplicar el derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de dicha Ley (“Las disposiciones de esta Ley son de orden público (...) y en ningún caso serán renunciables ni relajables por convenios particulares, salvo aquéllas 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**”).

X.- De los razonamientos expuestos se infieren las siguientes conclusiones:

A.- La práctica establecida por la empresa -de pagar, **en todos los casos**, las vacaciones vencidas y no disfrutadas con el salario devengado para el momento

de su goce- es contraria a derecho, pues afecta disposiciones de orden público y fomenta conductas contrarias a las previstas en reglas provistas de tal carácter y, por ende, imperativas.

B.- Este modo de pago sólo es exigible en los supuestos de posposición permitidos por la normativa nacional, a saber:

1.- Por convenio entre los interlocutores sociales, el postergamiento de su disfrute por un lapso de tres (3) meses en el supuesto de vacaciones vencidas con anterioridad al 1° de mayo de 1991, o de seis (6) meses en las nacidas con posterioridad a dicha fecha; y

2.- Cuando la acumulación de dos (2) períodos de vacación ha sido solicitada por el trabajador y autorizada por el Inspector de Trabajo, en los casos anteriores a la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo o de un máximo de tres (3) períodos, si son posteriores a su entrada en vigor.

C.- En todas las otras situaciones de diferimiento del goce de las vacaciones, por ser supuestos ilícitos, el pago debe hacerse de conformidad con el ordenamiento jurídico, esto es, con base en el salario normal devengado a la fecha del nacimiento del derecho.

D.- Como corolario de lo indicado en los tres literales anteriores, es irrelevante determinar la existencia de la práctica en la empresa y precisar sus efectos de derecho en los supuestos de conductas ilícitas: no pudiendo existir desde el punto de vista jurídico, tal modo de pago no está incluido dentro de las previsiones de la cláusula 55 de la Convención Colectiva de Trabajo creada por empresa y sindicato con miras a reglar sus términos de interdependencia y, por tanto, no puede ser aducida como fuente de derecho⁶.

E.- Idéntica argumentación procede en relación con el bono vacacional. Este debe pagarse con fundamento en el salario devengado para el momento del

⁶ Dicha cláusula es del tenor siguiente: "Vigencia de Condiciones.- Es convenio expreso que la Compañía mantendrá en vigencia, todas aquellas condiciones o beneficios económicos, sociales y sindicales, favorables a los trabajadores que no hayan sido modificados, superados, mejorados o suprimidos en este Contrato".

nacimiento del derecho en los casos de postergación del disfrute de la vacación previstos por el orden jurídico (en la actualidad, Ley Orgánica del Trabajo, artículos 229 y 230). En las otras hipótesis, expresivas de conductas ilícitas, debe cancelarse con el percibido a la fecha del nacimiento del derecho.

F.- Las mismas razones operan en relación con la duración de la vacación: la señalada en la convención colectiva de trabajo vigente para el momento del nacimiento del derecho y no la indicada en el convenio eficaz a la fecha de su disfrute, salvo los casos de postergación permitidos por la normativa nacional.

Caracas, noviembre de 1992.

Trabajos de Ascenso

Estado vs. democracia

Pedro Guevara

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
N° 87, Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1993



UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

VEREDICTO

Quienes suscriben, miembros del **Jurado** designado por el Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad Central de Venezuela para examinar el trabajo presentado por el profesor **Pedro Guevara**, bajo el título "ESTADO VS. DEMOCRACIA", a los fines de su ascenso en el escalafón docente a la categoría de **Profesor Asociado**, dejan constancia de lo siguiente:

PRIMERO: Leído como fue dicho trabajo por cada uno de los miembros del **Jurado**, se fijó el día viernes 13 de Noviembre de 1992, a las 8 am., en el Salón de Sesiones del Consejo de la Facultad, para que el autor lo defendiera en forma pública, lo que éste hizo en 40 minutos mediante un resumen oral de su contenido, luego de lo cual respondió satisfactoriamente a las preguntas que le fueron formuladas. Todo conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del Reglamento de Ingreso en el Personal Docente y de Investigación y Ubicación y Ascenso en el Escalafón Universitario aplicable al presente caso.

SEGUNDO: Finalizada la defensa pública del trabajo, el **Jurado** decidió admitirlo por considerar, sin hacerse solidario de las ideas expuestas por el autor, que se trata de un trabajo de investigación que constituye un aporte personal valioso en razón de que escudriña en profundidad la esencia de los conceptos de Estado y Democracia, expone los enfoques más actualizados de

la teoría política sobre el tema, y presenta de forma rigurosa sus particulares argumentos sobre el debate de la antinomia del Estado y la Democracia, de gran valor para la ciencia política en Venezuela. Todo conforme se exige en los artículos que integran la sección segunda del capítulo III del citado Reglamento.

TERCERO: El **Jurado** concede **MENCION HONORIFICA** al trabajo por las razones expuestas arriba en el ordinal segundo de este **Veredicto**.

En fe de lo cual se levanta la presente acta a los trece días del mes de Noviembre del año 1992, dejándose también constancia de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 56 del Reglamento, actuó como Coordinador del **Jurado** el profesor Ricardo Combellas.

(Fdo.) RICARDO COMBELLAS - Coordinador. MARCO TULIO BRUNICELLI.
GUSTAVO PLANCHART MANRIQUE.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

ESENCIALIDAD DEL ESTADO

1.- Sobre la noción de esencialidad. 2.- Estado como monopolio de la coacción. 3.- El surgimiento del Estado. 4.- Doctrina de la soberanía. 5.- La razón de Estado 5.1.- La razón política en la literatura de la razón de Estado. 5.2.- Una visión actualizada de la razón de Estado. 5.2.1.- La razón de Estado como imperativo absoluto. 5.2.2.- Razón de Estado y racionalidad. 5.2.3.- Las limitaciones de la racionalidad. 5.2.4.- La objetivación de la razón de Estado. 5.2.5.- La razón de Estado y la excepcionalidad. 6.- Recapitulación parcial

CAPITULO II

ESENCIALIDAD DE LA DEMOCRACIA

1.- Participación axiológicamente comprometida: esencia de la democracia. 2.- Insuficiencia del principio de la mayoría. 3.- De la democracia participativa a la democracia representativa: la negación de la democracia a nombre de la democracia. 4.- La elitización de la democracia representativa. 4.1.- Teoría liberal de la democracia. 4.2.- El modelo pluralista de la democracia. 4.3.- Teoría neocorporativa de la democracia. 4.4.- El modelo consociacional de la democracia.

CAPITULO III

ESTADO VS. DEMOCRACIA

1.- Concepción antropológica y sociológica pesimista vs. concepción antropológica y sociológica optimista. 2.- Holismo vs. pluralismo. 3.- Verticalidad vs. horizontalidad 4.- Dominación vs. comunicación-influencia. 5.- Seguridad vs incertidumbre. 6.- Secreto vs. publicidad. 7.- Razón de Estado vs. compromiso axiológico.

CAPITULO IV

EL ESTADO DEMOCRATICO: FENOMENO INCONGRUENTE EXITOSO

1.- Excepcionalidad y derecho de excepción. 2.- La subordinación de la democracia en la normalidad.

CONSIDERACIONES FINALES

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

INTRODUCCION:

Si hubiéramos de ubicar el presente trabajo dentro del "archipiélago babelizado"¹ en que se ha transformado la otrora aparentemente homogénea y segura de sí misma ciencia política de los años cincuenta y sesenta, diríamos que, por su tema y método, pertenece -siguiendo con el símil- a la isla de la teoría política clásica o filosofía política, que por blanda y pantanosa sufre el desdén de los habitantes de la ciencia política empírica, isla ésta de tierra semidura que a su vez es objeto de cierta discriminación por los pobladores de la ciencia política "dura", en la que sólo se habla el idioma de las matemáticas.²

La anterior situación responde, pensamos, a la incesante discusión relativa al objeto y método que han de caracterizar a nuestra disciplina, acentuada en las dos últimas décadas por la incorporación creciente a sus filas de filósofos, economistas y matemáticos³. Sin ánimos de "tener la razón" en tan espinoso asunto y con el único propósito de hacer explícitos los supuestos metodológicos que han intervenido en nuestra investigación, vamos a efectuar brevemente algunas consideraciones al respecto.

Partiremos de que la realidad social y política es siempre un **ser-deber ser**, en cuanto que está hecha de interacciones humanas, y toda acción humana conlleva la cocreación de una valoración. Cada vez que actuamos, por naturaleza

¹ Permitásenos esta expresión extraña, pero muy gráfica del fenómeno de excesiva heterogeneidad e incomunicación que afecta a la ciencia política de nuestros días y al que deseamos referirnos con ella. Algunos autores en los Estados Unidos lo mencionan con la expresión "mesas separadas". Véase al respecto Pye, Lucian: "Political Science and the crisis of authoritarianism", *American Political Science Review*, Vol. 84, N° 1, 1990, p. 3.

² Y aún dentro de ella surgen de vez en cuando proposiciones "separatistas" que pretenden una suerte de ciencia política "superdura" basada sólo en una parcela de las matemáticas. Tal es el caso de Gary King quien, en un libro cuyo título lo dice todo, propone reducir la diversidad de métodos que se utilizan actualmente en la ciencia política al uso exclusivo de la teoría de la probabilidad de la inferencia estadística, esto es, a un sub-conjunto de un sub-conjunto de las matemáticas. Vid. King, Gary: *Unifying Political Methodology: The Likelihood Theory of Statistical Inference*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

³ La bibliografía evaluadora de la ciencia política es ya considerable. Entre otras obras y artículos recientes pueden consultarse: Ball, Terence (Ed). *Idioms of Inquiry: Critique and Renewal in Political Science*, Albany. State University of New York Press, 1987; Bryan, Edward y Levy, Michael (ed.): *Handbook of Political Theory and Policy Science*, New York, Greenwood. 1988; Farr, James: "The State of the Discipline", *Polity*, N° 20, 1988; y Lane, Ruth: "Concrete Theory: An Emerging Political Method", *American Political Science Review*, Vol. 84, N° 3, 1990.

ineludiblemente libre que somos, proyectamos nuestra voluntad en esa acción. Tal proyección de voluntad es una valoración, una manifestación de que es esa acción y no otra la que **debe ser**. Por eso, toda realidad social y política, por más compleja que sea, por más “niveles” que podamos diferenciar en ella, es **resultado** en última instancia de un conjunto de valoraciones individuales. Su ser es un ser precario dependiente de esas valoraciones, que cambia cuando éstas cambian. De modo, que el ser socio-político es transformable a partir de las voluntades individuales que lo integran.

No sucede así con el ser de la naturaleza, el agua no es resultado de las valoraciones individuales del hidrógeno y el oxígeno, ni el ser de estos elementos químicos depende de las proyecciones de voluntad de las partículas que los constituyen. El agua es así, guste o no guste. Pero en el campo de la política las cosas son porque hay individuos que aceptan o desean que sean así y no de otra manera, siempre posible en los procesos humanos. Así que cuando Durkheim nos propone, en calidad de principio metodológico fundamental para el análisis sociológico, que hemos de tratar los hechos sociales como cosas⁴, o cuando un político realista nos dice que la política es como es y no como nos gustaría que fuese, se incurre en un encubrimiento ideológico al equiparar el **ser-deber ser** de la política y la sociedad con el sólo **ser** de la naturaleza⁵. Similar encubrimiento se produce también cuando se aplican al estudio de la realidad social los mismos métodos y técnicas que se utilizan en las ciencias naturales sin hacer explícita la diferencia ontológica existente entre ambas realidades, ocultando al mismo tiempo la dimensión valorativa que no es percible ni analizable con dichos métodos, lo que lleva a asumir una posición conservadora y justificadora de la que no se es consciente la mayoría de las veces. Coincidimos con Vallespín en que “no puede seguir manteniéndose una visión del objeto de la política limitada al modelo de la aséptica *Political Science*, en su ya clásica versión norteamericana. En ésta, la casi incuestionable asunción de los valores de la democracia liberal y pluralista norteamericana

⁴ DURKHEIM, Emile: *Las Reglas del Método Sociológico*. Buenos Aires, La Pléyade, 1974, p. 45.

⁵ Nos basamos en la noción de ideología de Geiger, quien la entiende precisamente como el hacer pasar por proposiciones fácticas lo que en realidad son proposiciones valorativas. Véase Geiger, Theodor: *Ideología y Verdad*, Buenos Aires, Amorrortu (segunda edición), 1968, cap. 4.

permitía aplicar un método positivista al análisis de la realidad política, que giraba en torno a un enfoque predominantemente analítico y empírico. Auxiliada por disciplinas afines se limitaba -y aún continúa haciéndolo, obviamente- a recoger y recopilar datos y hechos, que una vez organizados en hipótesis, sólo podían ser 'falsados' o refutados por una nueva 'reorganización' de sus fundamentos a partir de nuevos datos y hechos generalmente obtenidos por los mismos mecanismos. Desde esta perspectiva, la ciencia política se convierte fácilmente en una institución transmisora de los conocimientos necesarios para la formación y el mantenimiento del Estado democrático, cuya caracterización se apoya más en rasgos formales y 'procedimentales', descriptivos, que en auténticos principios sustantivos. Pero pierde su función teórico-práctica y, por supuesto, toda capacidad crítica.⁶

La ventaja de la filosofía política es que no oculta ese carácter de **ser-deber ser** propio de la política y de la acción humana en general, pues desde Aristóteles ha aceptado que lo normativo es constitutivo de lo político, al igual que la dimensión política, en cuanto manifestación de voluntad, lo es también de lo valorativo. Por eso nuestra convicción de que quien aspire a comprender separadamente lo político y lo valorativo, terminará por no entender ni lo uno ni lo otro. En la interpretación filosófico-política se puede ser conservador si se desea, pero hay que asumirlo conscientemente y, lo de mayor importancia a los fines de la discusión metodológica en nuestra disciplina, hay que justificarlo racionalmente con procesos lógico-deductivos y con argumentaciones teóricas y empíricas consistentes con ellos.

Por otra parte, sin la versatilidad de la filosofía política no podríamos vérmolas con temas que estimamos de relevancia para el pensamiento y la acción política como los que aquí abordamos. Temas que por su amplitud y naturaleza descriptiva-prescriptiva, son inadecuados para ser tratados con métodos empíricos y cuantitativos; que requieren, por consiguiente, del razonamiento cualitativo basado en una argumentación bien estructurada y suficiente, y de la obtención deductiva de conclusiones derivadas consistentemente de premisas

⁶ VALLESPIN O., Fernando: *Nuevas Teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Madrid, Alianza Universidad, 1985, pp. 31-32.

satisfactoriamente fundadas. Al respecto aceptaríamos la observación crítica de que lo que llamamos aquí "versatilidad" no es más que un eufemismo para la ambigüedad del discurso teórico especulativo tradicional. Pero replicaríamos entonces que eso depende de cada discurso y de cada autor, y que cierto grado de ambigüedad es inevitable en cualquier discurso que se refiera a la realidad. Quienes hacen investigación empírica sociológica conocen de la inevitable dosis de arbitrariedad y subjetividad que se ha de aplicar en diversos momentos del proceso investigativo, inclusive en la fase de construcción de indicadores e índices para la operacionalización de las variables que constituye la base de las posteriores inferencias deductivas. Sólo en el razonamiento completamente tautológico, y ese no es el caso de la filosofía política que ha de rendir cuentas simultáneamente a la lógica y al *ser-deber ser* de la política, es posible el rigor y la precisión extremas ⁷.

Con lo dicho no estamos negándole pertinencia alguna a los métodos empíricos y modelos formales basados en la cuantificación matemática. Hay situaciones y regularidades transitorias en el comportamiento humano a los que son especialmente aplicables, e incluso parcelas de la misma filosofía política en las que contribuyen a incrementar el rigor y la precisión del razonamiento. Lo que cuestionamos es la aspiración a que sean considerados los únicos modos científicos legítimos de entender lo político, a partir del encubrimiento ideológico de su *ser-deber ser* que lo reduce a mera realidad fáctica o lógico-racional.

No obstante sus ventajas, la filosofía política ha sido indebidamente marginada por la ciencia política venezolana a lo largo de sus treinta años de existencia, y con ello los politólogos nos hemos desvinculado del extraordinario impulso que ha tenido a nivel internacional, y sobre todo en los Estados Unidos desde la aparición de *A Theory Of Justice* ⁸ de John Rawls. Y decimos indebidamente porque, sin duda influenciada por la preponderancia del enfoque empírico y positivo prevaleciente en el tiempo que surge y comienza su desarrollo, la politología venezolana se orientó hacia aquél cuando, por razones culturales y

⁷ Para un inteligente tratamiento del problema metodológico que plantea la relación entre lógica y realidad, véase BARRAGAN, Julia: *Hipótesis Metodológicas*, Caracas Editorial Jurídica Venezolana, 1983.

⁸ Publicada por primera vez en 1971. Hay traducción en español: RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica (primera edición), 1979.

de formación intelectual de la generación fundadora, estábamos quizás mejor preparados y capacitados para aprender y aplicar los métodos cualitativos al análisis e interpretación de la política.

En cuanto al tema de reflexión por el que hemos optado, no es otro que el de la relación Estado - democracia y cómo se expresa en el llamado Estado democrático. Más concretamente, pensamos desarrollar la tesis de que esa relación es de mutua incompatibilidad, ya que cada una de las partes representa cosas divergentes y hasta contrapuestas. Para ello comenzaremos por establecer, a modo de premisas básicas, las respectivas esencialidades del Estado y de la democracia.

A los fines de la determinación de la esencia del Estado partiremos de la definición de Weber, para luego valernos de una aproximación histórica al surgimiento del Estado que nos develará con toda claridad, a través del proceso originario de concentración de poder político que significó el absolutismo y de su correlativo concepto de soberanía, así como de la doctrina y práctica de la razón de Estado, los rasgos esenciales presentes a lo largo de su posterior evolución. El monopolio del uso de la coacción y la razón de Estado constituirán, por tanto, las dos variables sobre las cuales discurriremos. Especialmente la segunda de ellas, por su carácter absolutizador y fundamental en el funcionamiento de todos los Estados, independientemente de la forma particular que adopten, ameritará un desarrollo más extenso en el que completaremos el tratamiento analítico y a-histórico con una revisión de la literatura clásica sobre la razón del Estado de la que destaca el aporte decisivo de Maquiavelo.

Respecto a la democracia, haremos de la participación directa de todos los ciudadanos en los asuntos públicos y de la adecuación de esa participación a un conjunto de valores absolutos, los componentes integrantes de su esencialidad. A diferencia del Estado, en cuya concreción histórica podemos apreciar una buena aproximación al tipo ideal, en el caso de la democracia se observa una gran divergencia entre su esencia y la mayoría de los sistemas políticos considerados democráticos. De allí que desviemos la atención hacia el proceso de elitización creciente que, en nuestro criterio, ha afectado a la democracia en su evolución histórica desde que nació dependiente del Estado hasta el presente. Para lo cual efectuaremos un análisis de las diversas teorías de la democracia elaboradas durante esa evolución.

Tras haber establecido, en los dos primeros capítulos, las respectivas esencias del Estado y de la democracia que nos servirán de premisas iniciales, en el capítulo tercero derivaremos de ellas la incompatibilidad existente entre ambas mediante la incorporación de un conjunto de características contrastantes como son: concepción antropológica y sociológica pesimista vs. concepción optimista; holismo vs. pluralismo; verticalidad vs. horizontalidad; dominación vs. comunicación-influencia; seguridad vs. incertidumbre; secreto vs. publicidad; y amoralidad vs. compromiso axiológico.

En el capítulo final del trabajo desarrollaremos la respuesta a la pregunta que obligadamente surge de la tesis principal y de la constatación del evidente éxito histórico obtenido por el Estado democrático, sin duda la forma política de mayor aceptación y legitimidad en el mundo actual: éxito acrecentado por la reciente debacle de la ideología comunista y el correspondiente desmembramiento de la Unión Soviética y su área de influencia, en la medida en que tanto los ya existentes como los recién creados Estados soberanos han decidido adoptarla. La pregunta es: si el Estado y la democracia, según sostenemos, son esencialmente incompatibles, ¿cómo entender entonces la vigencia histórica del Estado democrático? La respuesta a esta interrogante nos permitirá exponer y defender nuestra segunda gran tesis que es la subordinación de la democracia a las necesidades de la esencialidad del Estado. La incongruencia teórica del Estado democrático se resuelve, en la práctica, con la renuncia por parte de la democracia a realizar su esencialidad y con la aceptación del tutelaje del Estado sobre ella.

La argumentación probatoria de esta otra tesis girará principalmente alrededor del significado del **derecho de excepción**. En él veremos el reconocimiento explícito de la propia democracia de su papel subordinado al Estado. La existencia de sistemas de seguridad a los que en forma permanente recurren los Estados democráticos, junto a la alusión sólo referencial de algunos episodios empíricos prominentes, tales como el 27 de febrero, y la censura informativa impuesta por las potencias aliadas durante la guerra del Golfo Pérsico, reforzarán la anterior argumentación.

Este esfuerzo por clarificar la naturaleza del Estado democrático y sus implicaciones para la democracia, estará acompañado de planteamientos

secundarios, aunque no menos importantes, como es el de la ideologización del discurso democrático en el que autores de la talla de Sartori, Bobbio y otros, identifican la democracia con lo que no pasan de ser **Estados elitistas liberales** -según los denominaremos en su momento-, basándose en el pragmático y conservador argumento de su viabilidad frente a la supuesta inviabilidad de la democracia directa y participativa. Desde esta perspectiva, nuestra indagación relativa a la democracia puede recibir una segunda lectura en la que se percibe el propósito de “desideologizar” ese discurso que ha alcanzado su apoteosis en tesis tan endeble y extremas como la del fin de la Historia de Fukuyama. Quienes se han apresurado a lanzar las campanas al vuelo a raíz de la caída y extinción de la mayor parte de los Estados totalitarios comunistas, parecen olvidar que, para el momento de esa caída, el Estado democrático era objeto de agudas y contundentes críticas, aceptadas hasta por sus más eximios defensores. La “ingobernabilidad” de ese Estado, las “promesas incumplidas” por la democracia liberal y representativa, así como el problema de la “externalidades”, son cuestiones, entre otras, que permanecen ahí por resolver y que habrán de recibir respuestas adecuadas una vez se desvanezca la actual euforia que vive el mundo.

Nuestra contribución no pretende, por supuesto, haber dado respuesta a cuestiones tan fundamentales. Sólo es un modesto aporte orientado por la convicción valorativa personal de que las soluciones deberán pasar por la búsqueda de formas políticas realmente democráticas, y de que ello supone necesariamente la modificación del Estado como lo hemos conocido hasta ahora en lo que tiene de esencial.

Caracas, febrero de 1992.

CAPITULO I

ESENCIALIDAD DEL ESTADO

1. Sobre la noción de esencialidad

Un recurso útil para abordar con eficacia la conceptualización de términos tan multívocos en sus significados y cargados de prejuicios e ingredientes afectivos como son Estado y democracia, así como para poner orden y rigor en las

discusiones siempre polémicas y apasionadas que inevitablemente suscita su tratamiento aún en el más flemático ambiente académico, es el de otorgar carácter de esencial a una o más de las variables que entrarán a formar parte de esos conceptos ⁹. En este sentido, completamente al margen de complejas consideraciones filosóficas y metafísicas, entenderemos por esencial lo siguiente: dado X, si (a, b, c) es el conjunto de variables que lo definen, es esencial aquella variable de ese conjunto, b por ejemplo, que sin su presencia X deja de ser X para constituir otra cosa distinta. El significado de la esencialidad se expresa, portanto, en que si X pierde a b, deja de ser X. De allí que lo esencial de un objeto, lo que le confiere su especificidad y lo distingue de otros objetos, es aquello sin lo cual ese objeto deja de ser lo que es para transformarse en algo diferente. Por supuesto, en caso de que un fenómeno cualquiera A tenga más de una variable esencial, todas y cada una de ellas habrán de estar presentes para que A siga siendo A ¹⁰. Las demás variables son no esenciales, lo que significa que no determinan la identidad del objeto. Pueden modificarse sin alterar el ser propio de ese objeto, incluso desaparecer sin que pierda su condición de tal.

La utilidad de determinar las variables esenciales del objeto de nuestra investigación es evidente. Por lo pronto, sirve para facilitar la comunicación intersubjetiva y evitar discusiones innecesarias entre investigadores, que tienen su raíz en no compartir cuáles han de ser las variables esenciales de un objeto. ¿Qué es, por ejemplo, lo esencial de la democracia?: ¿la participación? ¿la igualdad? ¿el principio de la mayoría? ¿la posibilidad de elegir a los gobernantes? Si no existe un acuerdo previo acerca de cuáles son los componentes esenciales de la democracia, el problema de la determinación de si un sistema político en particular es o no democrático, se torna imposible de resolver, dando lugar a polémicas del estilo “diálogo de sordos” o “ganar un pleito”.

⁹ Una aplicación fructífera de este recurso metodológico la hallamos en la conceptualización del sistema político que hace Easton, Vid. EASTON, David: *Esquema para el análisis político*, Buenos Aires, Amorrortu (tercera edición), 1976, p. 133.

¹⁰ Nótese que utilizamos indistintamente términos como “concepto”, “objeto”, “fenómeno”, “X”, “A”. Lo hacemos para facilitar y agilizar la redacción. Lo cual no significa que confundamos los diferentes niveles del proceso cognoscitivo: sujeto-categorías-conocimiento-realidad. Sólo que al entender el concepto como “construcción de la realidad”, en el sentido de síntesis de la interacción entre sujeto cognoscente y realidad objeto de conocimiento, es indiferente el problema de a qué nivel corresponde la ubicación de las variables esenciales, lo que nos permite emplear dichos términos como sinónimos.

Igualmente, como la realidad se halla en permanente proceso de cambio, el determinar previamente las variables esenciales de un determinado fenómeno nos ayuda a revisar si, transcurrido el tiempo, estamos en presencia del mismo fenómeno. Esto es especialmente válido en el campo de las ciencias sociales a diferencia de lo que sucede en las ciencias naturales. El físico de hoy puede dar por supuesto con toda confianza, que el fenómeno al que llama "luz" sigue siendo igual en su esencia al que era para el físico de hace un siglo. Lo que cambia son las interpretaciones que se hacen de él. En cambio, a un politólogo no le está permitido dar por supuesto que el sistema político venezolano de la actualidad sigue siendo el mismo al de hace apenas treinta años por el simple hecho de que continuemos denominándolo del mismo modo. Dada la variabilidad del fenómeno socio-político, está en la obligación de revisar periódicamente la identidad de su objeto de análisis, y para ello es de inestimable ayuda determinar sus variables esenciales.

También nos permite -la determinación de las variables esenciales- identificar los componentes comunes a una diversidad de fenómenos que se diferencian entre sí en rasgos o variables no esenciales, e incluirlos en el mismo género. Así, por ejemplo, existe en la estructura internacional una gran variedad de sistemas políticos, distintos entre sí en multitud de aspectos, pero debido a que comparten ciertos elementos esenciales, podemos identificarlos a todos como Estados. En este igual sentido, pero desde una perspectiva diacrónica o histórica, la existencia o identificación de variables esenciales en un fenómeno que evoluciona manteniendo sus componentes esenciales, nos permite seguirle la pista a lo largo de sucesivas transformaciones denominándolo con el mismo término genérico, pero cambiándole la adjetivación. Es el caso también del fenómeno Estado. Como veremos más adelante, el Estado surge en un determinado momento y contexto histórico, y luego evoluciona adoptando formas diversas, lo que ha generado múltiples denominaciones que conservan el genérico "Estado": Estado absoluto, Estado liberal, Estado social, Estado corporativo, entre otras.

Hechas estas precisiones sobre la noción de lo esencial, pasemos a definir cuál es la esencialidad del Estado.

2. El Estado como monopolio de la coacción

Objeto de una bibliografía extensísima, sea lo que en definitiva fuere, el Estado se nos presenta en una gran variedad de aproximaciones y definiciones.

En efecto, fenómeno privilegiado por las ciencias políticas, las teórico-positivistas-empíricas y las teórico-filosófico-normativas, el Estado ha sido considerado desde las más contrastantes perspectivas y sometido a las más opuestas valoraciones. Perspectivas realistas, jurídicas (iusnaturalistas y positivistas), idealistas, materialistas, historicistas, sociológicas, económicas, individualistas, pluralistas, holistas, etc., bien aisladas o en combinación, se han dado a la tarea, desde el siglo XVI hasta el presente, de proporcionarnos múltiples interpretaciones del Estado. Valorado negativamente como un mal absoluto y prescindible (anarquismo), un mal absoluto pero necesario transitoriamente (marxismo), o un mal relativo pero necesario en todo tiempo (liberalismo), y positivamente por todas las demás corrientes políticas que lo estiman, en grados diversos, representante e instancia de realización del bien común y de los intereses generales de una sociedad.

Aún en los tiempos de mayor devaluación teórica del Estado, ocurrida con el desarrollo de la ciencia política norteamericana que priorizó el concepto de **sistema político**, y cuando politólogos como Easton, Almond y otros eliminaron el término "Estado" del vocabulario político, negando su validez analítica, hallamos subyacente y subrepticia su presencia dentro del nuevo concepto. Así, Easton define el sistema político como la asignación vinculante de las cosas valoradas en el marco de una sociedad ¹¹, pero al entrar a considerar el significado de "asignación vinculante", nos encontramos con que el referente empírico de esta función esencial del sistema político sólo nos aparece claramente en sociedades que han desarrollado el Estado, siendo éste el agente encargado de realizarla. Además, durante la década de los ochenta, el Estado ha ido ganando terreno en los medios académicos de los Estados Unidos mientras el concepto de sistema político ha sido objeto de serios cuestionamientos en un debate que se mantiene en la actualidad ¹². Este "regreso del Estado" ¹³, que más que un regreso se trata, en nuestra opinión, del desarrollo de una teorización sobre el Estado que estaba ausente del pensamiento político

¹¹ EASTON, David: *ob. cit.* p. 79.

¹² Véase sobre el particular el artículo de Almond, G.: "The Return to the State", en *American Political Science Review*, Vol. 82: 853-74, y el trabajo de MITCHELL, Timothy: "The limits of the state: beyond statist approaches and their critics", *American Political Science Review*, Vol. 85, N° 1, 1991.

¹³ SKOCPOL, Theda: "Bringing the State Back In", en EVANS, P., RUESCHEMEYER, D y SKOCPOL, T: *Bringing the State Back In*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

norteamericano y anglosajón ¹⁴, es un indicador significativo del proceso de elitización que viene sufriendo la democracia estadounidense desde sus orígenes, cuando se aproximaba más su sistema político a un "gran aparato de patronaje y clientela explícito, abierto, legal y ligado a un gran número de funcionarios elegidos"¹⁵, que a un Estado burocrático propiamente dicho, análogo a los europeos. (Dato éste que junto al del auge de los temas de seguridad nacional en ese país, contribuye a reforzar la argumentación que proporcionaremos más adelante ¹⁶ en respaldo a nuestra tesis acerca de la subordinación de la democracia a las necesidades del Estado).

Pero aún en medio de la abundancia de caracterizaciones del Estado que nos es posible encontrar, siempre está presente entre ellas, con mayor o menor relevancia, a veces olvidada pero nunca negada, una de las dos variables que vamos a considerar esenciales del fenómeno y del concepto de Estado. Esa variable esencial es la del ejercicio, con pretensión monopólica o exclusiva, de la coacción en una sociedad ¹⁷. La esencia del Estado se inscribe, por tanto, en lo que también ha sido ampliamente aceptado: que el uso de la fuerza constituye la *última ratio* de la política. Además, lo que distingue al Estado y lo diferencia de otras estructuras políticas coercitivas, lo que le confiere especificidad frente a ellas, no es sólo el uso de la fuerza como instancia determinante, sino su pretensión de monopolio sobre su aplicación. El Estado se realiza más en su esencia, es más Estado, cuanto más logra empíricamente el efectivo monopolio de la violencia en su ámbito territorial de autodeterminación. Por el contrario, cuanto más fracase en esa pretensión, menos Estado será. Ahora bien, dado que el monopolio absoluto nunca o rara vez se alcanza en la realidad política, debemos entender la expresión "pretensión de monopolio" a modo de un tipo ideal que nos permite verificar el grado de existencia de un

¹⁴ Therborn ha llamado la atención acerca de la no utilización en Estados Unidos e Inglaterra del término "Estado" con el mismo significado que le asignan los países europeos en general, al igual que la inexistencia de una Teoría del Estado en la tradición anglosajona como sí la han desarrollado los europeos continentales. Vid. THERBORN, Göran: *Las teorías contemporáneas del Estado*, Maracaibo, Universidad del Zulia. 1989, pp. 3 y 4.

¹⁵ *Ibidem*, p. 124

¹⁶ *Vld. infra*, pp. 197 y ss.

¹⁷ En el contexto de este trabajo los términos *coacción*, *violencia*, *fuerza* y *coerción*, serán empleados como sinónimos para referirnos a "una forma de poder que existe siempre que A obliga a B a cumplir algo enfrentándole sólo con alternativas que implican privaciones graves", DAHL, R.: *Análisis Político Moderno*, Barcelona, Fontanella, 1976, p. 63.

Estado, y medir su eficacia en la acción y desempeño, así como su nivel de estabilidad y garantía de supervivencia, teniendo un patrón comparativo de descripción, medida y evaluación fundado en el extremo del monopolio absolutamente eficaz.

Por supuesto que todas estas ideas se inscriben en el conjunto conceptual de la sociología política weberiana: "El Estado (sostiene Weber) es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el "territorio" es elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la *violencia física legítima* (...) El Estado es la única fuente del derecho a la violencia (...) es una relación de *dominación* de hombres sobre hombres que se sostiene por medio de la violencia legítima (es decir, de la que es vista como tal). Para subsistir necesita, portanto, que los dominados *accepten* la autoridad que pretenden tener quienes en ese momento dominan" ¹⁸.

Lo que no nos anima a suscribir completamente los conceptos transcritos, es que no compartimos un aspecto relevante de los mismos. Tal es el caso de la condición de legitimidad que Weber le asigna a la violencia monopólica del Estado. El se refiere sólo a la violencia que es **acatada como legítima** por los dominados y ello conduce a estimar esa violencia un "derecho" del Estado. Para nosotros se trata, en cambio, de todo tipo de violencia, legítima e ilegítima. Lo que importa es que la voluntad del Estado sea acatada, independientemente de que se la considere legítima o no. Mientras el acatamiento weberiano lleva en sí la idea de legitimidad, el nuestro sólo la de simple aceptación. No se trata, pues, de si el Estado tiene o no **derecho** al uso monopólico de la violencia legítima, sino de la **fáctica** imposición eficaz de la voluntad estatal mediante el ejercicio monopólico de la fuerza. La dimensión de la legitimidad, aceptando la necesidad de su presencia con el fin de hacer más efectiva la dominación estatal, ha de entenderse como subordinada y dependiente del hecho de la pura aplicación monopólica de la fuerza. En el fondo, lo que sucede es que no compartimos la vinculación estrecha que establece Weber entre el Estado, entendido como monopolio de la violencia, y su concepción de la dominación legítima.

¹⁸ WEBER, Max. *El político y el científico*. Madrid. Alianza Editorial (tercera edición) 1972, pp. 83 y ss.

Debemos también introducir una nueva precisión relativa a la idea de **monopolio** de la coacción, adicional a la del tipo ideal, con el objeto de poder responder a quienes se oponen a aceptarle su carácter de variable esencial del Estado, argumentando que ese monopolio no es viable ni existe en la práctica. Para los enfoques pluralistas de la política, sobre todo, el ejercicio unitario del poder que conlleva la idea de monopolio, no pasa de ser una suposición holista que no se corresponde con la evidencia empírica, la cual más bien muestra que lo que llamamos Estado configura "un complejo amorfo de agencias con límites mal definidos, que ejecutan una gran variedad de funciones no muy bien diferenciadas" ¹⁹. Siendo así, las "agencias" encargadas de la aplicación de la fuerza del Estado responderán igualmente a esa caracterización, con lo que mal se podría hablar de la existencia de un monopolio. En efecto, se argumenta que aún en lo que constituiría para nuestra perspectiva el núcleo de la esencia coercitiva del Estado, las fuerzas armadas, no se da tal unidad, privando en su lugar las diferencias y la competencia entre los múltiples aparatos burocráticos que de hecho las integran. El modelo **organizacional-burocrático** ²⁰, por ejemplo, sería entonces una mejor aproximación conceptual al ser empírico del brazo armado del Estado que refutaría la tesis del monopolio.

La precisión referida es que el *monopolio de la coacción debe ser entendido más como un potencial o capacidad, con efecto disuasivo y aplicación relativa de acuerdo a las circunstancias, que como una actualización efectiva y permanente de la fuerza*. Si las circunstancias son normales, el Estado puede soportar algún grado de incoherencia y menoscabo del uso de su capacidad de coacción monopólica. Y, más que poder, es que ha de tolerar ciertos niveles de violencia extra-estatal. Ello se debe a lo que podríamos denominar **margen de violencia permitida**, que es una suerte de efecto estructural producto de los altos costos, materiales y psico-sociales (especialmente en los Estados de legitimidad democrática), de hacer efectivo el potencial o capacidad de monopolio, lo que redundaría a su vez en que la disuasión no pueda ser totalmente efectiva para controlar toda la violencia. Los diversos sectores de la sociedad disponen de un margen de violencia particular, en desmedro del monopolio

¹⁹ SCHMITTER, Philippe. "Neo Corporatism and the State", en *The Political Economy of Corporatism*, New York, St. Martin's, 1985. p. 33.

²⁰ Conjunción de los modelos **organizacional** y **burocrático** de ALLISON, Graham: (*Essence of Decision*, Boston Little, Brown and company, 1971).

privativo del Estado, hasta el límite en que éste se haya dispuesto a incurrir en el costo de movilización de sus recursos para garantizar su derecho. Por ejemplo, la delincuencia de alguna manera percibe que no ha de extremar el uso de la violencia privada, de la cual vive y se beneficia, ya que con ello provocaría la situación límite en la que el Estado efectuaría una movilización mayor para demostrar su capacidad de ejercer el monopolio de la fuerza; de este modo, limitado, cumple su papel disuasivo el potencial o capacidad de monopolio al evitar que la violencia extra-estatal vaya más allá del margen permitido. Pero esa misma delincuencia “percibe”, igualmente, que hasta ese límite crítico dispone de cierto nivel de violencia del que puede hacer uso sin que la intervención del Estado supere la simple acción policial. Es, en cambio, en las circunstancias extraordinarias cuando manifiesta el Estado su pretensión de uso monopolístico de la coacción con toda crudeza, ejerciendo acciones que están inclusive previstas y justificadas legalmente hasta en las constituciones democráticas. El 27 de febrero de 1989 en Venezuela, tuvimos un buen ejemplo de aplicación del potencial de monopolio de la fuerza, a pesar de que, ciertamente, el Estado venezolano responde bastante bien al modelo pluralista. Las mismas fuerzas armadas de los Estados Unidos, cuyas actuaciones en el pasado han servido de rico material empírico para respaldar ese modelo, en la reciente guerra del Golfo Pérsico dieron una contundente demostración de hasta qué punto son capaces de alcanzar coherencia y unidad en el uso de la fuerza ²¹.

Esto es, en tiempos normales sobre todo, el Estado puede manifestarse como ese conjunto amorfo y no muy coherente de organizaciones burocráticas del que nos habla Schmitter, pero ello no contradice la tesis del monopolio de la coacción visto como capacidad o potencial disuasivo que se actualiza cuando llega a ser necesario.

Debe quedar claro que no estamos afirmando que el monopolio de la violencia sea la única variable esencial del Estado. Es un lugar común en los textos y manuales de Teoría del Estado y de Derecho Constitucional, la definición de que el Estado es la conjunción de tres componentes esenciales: territorio,

²¹ Sería interesante ensayar la hipótesis de la influencia que tuvo en esa actuación la nueva tecnología informática que permite superar muchas de las trabas de coordinación, comunicación y eficacia que el enfoque pluralista atribuye a las organizaciones burocráticas.

pueblo y poder soberano. En la misma definición weberiana se hallan presentes. Es obvio que el monopolio de la violencia sería una expresión abstracta y carente de sentido práctico si no suponemos la existencia de un conglomerado humano, una población, en la cual se actualizase y ejerciera en su doble vertiente de sujeto y objeto de la aplicación de ese monopolio. De igual forma, no podemos imaginar una población sin la presencia de un territorio al que se vincula existencialmente. Es decir, el monopolio de la coacción se materializa necesariamente en una población y un territorio. Sin embargo, dado que para nuestra argumentación general estos dos componentes no juegan papel alguno, bastará con que los consideremos variables esenciales implícitas, en calidad de supuestos materiales tácitos del monopolio de la coacción.

También se podría recordar, desde una perspectiva funcional, la presencia de actividades distintas a las relacionadas con el monopolio de la fuerza que han de ser consideradas esenciales. El Estado, en el curso de su evolución, ha cumplido funciones tan importantes como las de preservar los derechos individuales (Estado Liberal), garantizar la igualdad jurídica y democrática de todos los ciudadanos (Estado Democrático de Derecho), promover el bienestar social, económico y cultural de los ciudadanos (Estado Social o Estado de Bienestar). A ello responderíamos que, ciertamente, cada una de estas funciones, en sí misma, puede ser esencial **a su respectiva forma de Estado**, ¿Cómo no va a ser esencial la igualdad en el ejercicio del sufragio para un Estado democrático-representativo? Pero el punto es que nuestro planteamiento se refiere a lo que es esencial, no a **una** forma específica de Estado, sino a **todas** las formas estatales, y las únicas funciones que están presentes en todos los Estados son aquellas inherentes al monopolio de la coacción, a saber, el mantenimiento del orden interno y la defensa frente a enemigos externos. El Estado, ni siquiera cuando surgió en su forma más "pura" y consistente como Estado absoluto, cumplió solamente las funciones básicas de soberanía (preservación del orden interno y defensa frente a eventuales agresores externos), recordemos no más la de fomento de una infraestructura que hizo posible la creación de un mercado nacional, pero son esas funciones las que se mantendrán constantes desde el siglo XVI hasta el presente, a pesar de las diversas transformaciones estructurales y funcionales que ha sufrido, y las que, portanto, lo identifican en su esencia. Tal evolución histórica del Estado, considerado éste genéricamente, es en cierto modo el proceso de acumulación de nuevas funciones sobre las originales relativas a la concentración monopolítica del poder coercitivo. En cada forma de Estado, según su peculiar

naturaleza, desaparecen unas funciones y surgen otras. Por ejemplo, en el caso del Estado totalitario no están presentes las funciones de defensa de los derechos de los individuos y de participación democrática en elecciones libre y plurales, y emergen, en cambio, funciones de organización global de todos los aspectos de la sociedad.

Por último, la esencialidad del Estado en torno al uso monopólico de la coacción, tesis a la que podemos llegar por inferencia histórica, es reforzada, a nivel teórico-normativo, por la filosofía actual, en cuyo seno la tendencia neoliberal predominante se plantea la tesis de un Estado reducido a su mínima expresión, coincidiendo ésta justamente con el ejercicio de las actividades inherentes al monopolio de poder coercitivo. Buchanan ha propuesto la noción de un "Estado protector" mientras que otro neoliberal aún más radical, Robert Nozick, la de un "Estado mínimo"²². Comparando ambos modelos de Estado, Vallespín ha señalado que el "concepto de 'Estado protector' (*protective state*) es similar al Estado mínimo nozickiano, caracterizado por ejercer la función de velar por que sean cumplidos los términos del contrato constitucional, que sean protegidos los derechos allí declarados. No posee, por lo tanto, ninguna función legislativa -no es ninguna instancia de 'toma de decisiones'- sino meras competencias policiales y jurisdiccionales (...) El Estado que haya de nacer del contrato constitucional necesariamente ha de tener este tipo de funciones"²³.

No obstante todo lo anterior, la esencia del Estado, en cuanto realidad fundamental de coacción y dominación, no se manifiesta, salvo en situaciones de emergencia graves, con toda su elementalidad, sino que se actualiza empíricamente a través de justificaciones ideológicas que facilitan su aceptación por parte de quienes son sujetos encargados de aplicarla y, más importante aún, de quienes son objeto de esa aplicación. Ello dificulta sin duda su percepción. Sobre todo, manifestaciones ideológicas y doctrinarias como las iusnaturalistas, jurídicas, liberales, democráticas y socioeconómicas, nos apartan bastante de ella debido a su fuerza encubridora de la coacción. Manifestaciones que pertenecen todas a la evolución posterior al Estado absolutista. Por el contrario,

²² Las respectivas obras de estos dos autores en las que exponen sus concepciones sobre el Estado son: BUCHANAN, James: *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, Chicago, University Of Chicago Press, 1974, y NOZICK, Robert: *Anarchy, State and Utopia*. New York, Basic Books, 1974.

²³ VALLESPÍN, ob. cit., pp. 184-85.

en el surgimiento del Estado hallamos una clara correspondencia entre su esencia de poder coercitivo y sus respectivas expresiones justificadoras: la teoría de la soberanía y la razón de Estado. Esta última, de pasó, nos permitirá profundizar en nuestra tarea de delimitación de la esencialidad estatal, descubriendo en ella su principio "vital" de funcionamiento, por lo que llegaremos a catalogarla, junto a la del monopolio del poder coactivo, la segunda variable esencial del concepto de Estado.

3. *El surgimiento del Estado*

El Estado es un fenómeno histórico que desde sus orígenes a lo largo de los siglos XVI y XVII ha perdurado, sin solución de continuidad, hasta nuestros días, llegando a erigirse en la forma de asociación política universal del mundo actual. De donde se desprende que el término "Estado" carece para nosotros del significado amplio que suele otorgársele cuando se lo emplea con el fin de referirse a todas las formas políticas históricas conocidas. "El Estado no es la forma política general, sino lo Stato, o sea, el Estado moderno, claramente deslindado de otras formas de vida organizada, no se puede hablar de Estado indio o del Estado alemán de la Edad Media"²⁴. Heller, quien se halla entre los autores que emplean el término Estado en forma amplia y genérica, reafirma sin embargo la especificidad histórica del Estado moderno y la separa tajantemente de las formas políticas anteriores: "... el Estado, como nombre y como realidad, es algo, desde el punto de vista histórico, absolutamente peculiar y que, en esta su moderna individualidad, no puede ser trasladado a los tiempos pasados". Y advierte, en contra de historiadores que aplican el concepto de Estado a todo tipo de asociación política, e incluso, en casos extremos como el de Eduard Meyer, pretenden hacerlo válido igualmente a la horda animal, que "es evidente, que con tan ilimitada extensión, el concepto histórico de Estado se desnaturaliza por completo y se hace de imposible utilización"²⁵.

El surgimiento del Estado es un proceso complejo que abarca múltiples dimensiones de la realidad social. Pero desde la que nos interesa, la política, sobresale el hecho de la centralización y concentración de poder con capacidad

²⁴ CONDE, Francisco Javier: *Introducción al Derecho político actual*, Madrid, Escorial, 1942, p. 349.

²⁵ HELLER, Hermann: *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 141.

de dominación efectiva que se da en la Europa Occidental de finales de la baja Edad Media, cuando se acentúa la desestructuración del orden feudal estamental. Proceso protagonizado por los monarcas en su lucha secular frente a poderes que les eran externos, el Imperio y el Papado, y a poderes internos a sus dominios, los estamentos del reino dentro de la dualidad *re-regnum* propia de la constitución política estamental²⁶. Con anterioridad a este proceso de concentración de poder en torno al monarca, la estructura de poder se caracterizaba por un complejo y delicado equilibrio de gran pluralidad de cuerpos políticos autónomos que competían entre sí: el Imperio y la Iglesia con sus aspiraciones respectivas de dominio universal, de un lado, y del otro, los reinos, principados laicos o eclesiásticos, las ciudades y señoríos, con sus pretensiones de autodeterminación e independencia frente a aquellos. El equilibrio, inestable por tratarse de aspiraciones y fuerzas contrapuestas, una centrífugas otras centripetas, lo imponía la realidad común a todos esos cuerpos de que el alcance y eficacia del poder político eran muy limitados. Ninguno poseía los elementos materiales de dominación para hacer efectivas sus pretensiones políticas. Con los medios disponibles para la época, los ámbitos de dominación eficaz eran muy reducidos, por lo que necesariamente se recurría a acuerdos, pactos, lealtades personales etc. a fin de consolidar y ampliar esos ámbitos siempre restringidos. Bien lo expresa J.S. Mill cuando repara en que ni la misma monarquía "podía subsistir sobre una gran extensión de territorio, sin fraccionarse inevitablemente en pequeños principados, independientes unos de otros o unidos por lazos tan débiles como el feudalismo, y todo porque el mecanismo de la autoridad no era bastante perfecto para hacer obedecer órdenes del gobierno a gran distancia de su asiento. El gobierno no tenía más garantía de respeto hasta de parte de su ejército que la fidelidad voluntaria, ignorándose el medio de sacar al pueblo impuestos bastantes al sostenimiento de la fuerza necesaria para mantener en la obediencia un vasto territorio"²⁷. Se trataba, por consiguiente, de un poder con más contenido simbólico que material.

²⁶ Para mayores precisiones acerca de la sociedad estamental y sus relaciones con el absolutismo, consúltese el excelente trabajo de Graciela Soriano: *El Pensamiento Social de Charles Loyseau*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Estudios Políticos, 1969, pp. 17 y ss.

²⁷ MILL, John S.: *El Gobierno Representativo*, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1878, pp. 17 y 18. Hemos seleccionado esta cita de Mill porque se puede constatar en ella cómo aún en los pensadores anglosajones, que no han dedicado tanta atención al problema del Estado -de hecho desconocen el término "Estado", utilizando en su lugar el de "gobierno"- aparecen con toda claridad las ideas básicas vinculadas al surgimiento del Estado como monopolio del poder político dentro de un determinado ámbito territorial.

Ese equilibrio inestable se rompe cuando los monarquías comienzan a desarrollar instrumentos de dominación con capacidad creciente de control efectivo: los aparatos coercitivos y administrativos del Estado. Gracias a ellos el Rey podrá afirmar su independencia ante el Emperador y el Papa, e imponer su poder centralizado frente a los poderes estamentales que se le resistían y oponían en su propia jurisdicción territorial; ya dejará de ser un simple *primus inter pares* para constituirse en monarca **Soberano**.

Al ir consolidando su ejército permanente y un cuerpo de funcionarios que dependen directamente de él, y cuya presencia y acción es posible en todo el entorno territorial de su reino, el monarca concentra y centraliza el poder político. Surge de ese modo el Estado, el Estado moderno bajo su primera forma: el Estado absoluto.

El historiador del Estado prusiano -y europeo en general- Otto Hintze, ha estudiado, desde una perspectiva comparada, el surgimiento y la consolidación del aparato administrativo y burocrático que en los órdenes civil y militar permitió al absolutismo monárquico llevar a cabo la centralización del poder que lo caracteriza. La formación del ejército permanente y de una administración burocrática alrededor del monarca, y la ruptura a favor de éste del equilibrio que mantenía con los poderes estamentales, tiene sus vasos comunicantes en nuevas e inéditas figuras -caso de la institución comisarial- que por su carácter extraordinario y extralegal sirvieron de instrumentos idóneos al monarca en la transición del orden político estamental hacia el Estado moderno absolutista, proceso que se intensifica en los siglos XVI y XVII ²⁸.

También Weber, junto al proceso de racionalización jurídica, la expropiación de los instrumentos administrativos y de violencia que se hallaban en manos privadas, y la aparición del "empresario político", insistió en la constitución de aparatos militares y administrativos como elementos fundamentales de dominio de los monarcas absolutos y del surgimiento del Estado moderno, fijando un denominador común entre ambos aparatos de dominación en el carácter burocrático. Para Weber, "el titular del dominio militar, o sea el oficial, no se

²⁸ HINTZE, OTTO: *Historia de las Formas Políticas*, Madrid, Revista de Occidente, 1968, véase especialmente el capítulo 5.

distingue del funcionario administrativo, y el oficial es una categoría especial de funcionario”²⁹. Precisamente en relación con el ejército, Sombart subrayó, como pocos lo han hecho, el papel primordial que cumplió la creación del ejército moderno en la confirmación y consolidación del Estado absolutista. Analizó con criterios sistemáticos los rasgos que en conjunto diferencian los ejércitos modernos de los ejércitos precedentes; de ellos estimó esenciales la permanencia y su pertenencia al Estado representado en el monarca en condición de jefe único. El tipo de organización técnico-militar basada en la disciplina, en la diferenciación de funciones entre directivas y ejecutivas, y en la división y especialización de éstas, hizo posible disponer rápidamente de ejércitos de masas adaptables a las necesidades de expansión y dominación del monarca moderno³⁰.

En fin, cerrando estas referencias de grandes historiadores relativas al surgimiento del Estado como proceso de monopolización y concentración de poder político, citemos nuevamente a Heller para quien: “La nueva palabra Estado designa certeramente una cosa totalmente nueva porque, a partir del Renacimiento y en el continente europeo, las poliarquías, que hasta entonces tenían un carácter impreciso en lo territorial, y cuya coherencia era floja e intermitente, se convierten en unidades de poder continuas y reciamente organizadas, con un solo ejército que era, además, permanente, una única y competente jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario, imponiendo además a los súbditos el deber de obediencia con carácter general. A consecuencia de la concentración de los instrumentos de mando, militares, burocráticos y económicos, en una unidad de acción política (...) surge aquel monismo de poder, relativamente estático, que diferencia de manera característica al Estado de la Edad Moderna del Territorio medieval”³¹.

Aprovechemos la oportunidad que nos ofrecen estas citas, ya que en ellas se destaca con toda claridad, para dejar subrayado el fenómeno de burocratización que caracteriza al Estado. El proceso de nacimiento y desarrollo de la burocracia, manifestación de la progresiva racionalización e institucionalización de la vida política en la era moderna, corre paralelo al del Estado. Como lo

²⁹ WEBER, Max: *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica 1974, Vol. II. p. 1060.

³⁰ SOMBART, W.: *Guerra y Capitalismo*, Madrid, Colección Europa, 1943. pp. 35-53.

³¹ HELLER, H: *ob. cit.*, p. 145.

dijera Weber, “toda la historia del desarrollo del Estado moderno, en particular, se identifica con la de la moderna burocracia”³². Los Estados democráticos, lejos de reducir el crecimiento de la burocracia, creación originaria del Estado absoluto, la desarrollaron hasta el extremo en que hoy la conocemos. Paradójicamente, el advenimiento de la democracia, practicada no como participación creciente de los ciudadanos en los asuntos públicos, sino como democracia representativa de masas, contribuyó a la consolidación y expansión de las estructuras burocráticas, al punto de que prácticamente todas las actividades del Estado se ejecutan por medio de organismos burocráticos. Ciertamente, satisfacer las necesidades crecientes de grandes contingentes humanos que con el sufragio universal pasaron a legitimar el ejercicio del poder político, y controlar los potenciales desbordamientos de esas masas causados por sus aspiraciones de hacer efectivos los nuevos derechos conquistados con la democratización, exigía recurrir a la organización que había demostrado su superioridad técnica sobre las demás conocidas: la burocracia.

A los fines de nuestra argumentación, que más adelante girará sobre las incompatibilidades existentes entre las esencialidades del Estado y de la democracia, tiene relevancia este rasgo de la burocratización que acompaña al Estado, debido a las características antidemocráticas de toda organización burocrática. El que al monopolio de la aplicación de la violencia se sume el hecho de su concreción a través de aparatos burocratizados -y, precisamente, son las instituciones encargadas del manejo de la coacción las que más y mejor suelen aproximarse al tipo ideal burocrático-, no puede dejar de tener consecuencias negativas para la democracia. Definitivamente, la combinación de monopolio de la violencia y burocratización se erige en obstáculo insalvable para seguir avanzando por el camino hacia una democracia cada vez más perfecta.

Hagamos hincapié nuevamente en que no afirmamos que el fenómeno del Estado se reduce al proceso de concentración y centralización del uso de la fuerza. Es obvio que el Estado no es un hecho político desvinculado de un contexto de gran complejidad que comprende muchos otros aspectos de variada naturaleza. Resulta claro, por ejemplo, que la estructuración y

³² WEBER, Max. *ob. cit.* vol II, p. 708.

mantenimiento de aparatos de administración y coerción como son la burocracia estatal y el ejército permanente, fueron posibles porque, simultáneamente, hubo cambios en la economía que le insuflaron una dinámica de crecimiento de la que carecía la economía medieval, y que permitió a las monarquías obtener los recursos indispensables para financiarlos mediante el establecimiento de un sistema tributario del mismo modo permanente. Sin una economía en continua expansión, no hubiese sido factible construir unos aparatos de dominación igualmente crecientes. La lógica inherente al poder según la cual todo poder tiende a consolidarse y a crecer se dio junto a una lógica económica de crecimiento incesante e ilimitado. Resulta también claro que la burguesía, el estamento más dinámico del *regnum*, se hallaba interesada en favorecer cambios políticos que facilitaran su ascenso social y político y garantizaran su prosperidad económica. De allí el apoyo, no sólo financiero sino también intelectual, administrativo y jurídico, que proporcionó al monarca en su esfuerzo por hacer efectiva una dominación que hasta ese momento había sido más nominal y simbólica que real, y, en todo caso, equilibrada y pactada con los poderes estamentales a los que no podía doblegar. Y, en definitiva, cómo no tomar en cuenta la decisiva influencia que tuvieron en la transición del orden político medieval al moderno, fenómenos culturales y psicosociales como el Renacimiento primero y la Reforma protestante después, al lado del nacimiento del espíritu científico y la concomitante secularización del pensamiento político. Los historiadores nos han proporcionado profusas, detalladas y casi exhaustivas investigaciones sobre todos estos procesos que en conjunto produjeron la modernidad. Tal vez ningún período histórico haya recibido tanta atención ni haya sido estudiado con tanto interés y erudición. También fascinantes, desde una perspectiva metodológica, son las diversas interpretaciones de ese desarrollo complejo: algunos han concedido mayor relevancia a la dimensión económica, otros a la política, y otros a la cultural. Al respecto la posición que ponderamos más prudente y ajustada a los avances de la metodología actual, y a la que por consiguiente nos acogemos, es la de aceptar la multicausalidad entre todas esas dimensiones. Conceptos como los de “totalidad dialéctica”, “sistema”, “estructura”, “causación circular”, etc, recogen esa misma significación.

Ahora bien, si estamos diciendo y destacando que es en la etapa de surgimiento y consolidación del Estado cuando, según acabamos de constatar, se muestra con toda evidencia la esencialidad de ese fenómeno político, y que no es otra

sino la concentración y ejercicio del poder coercitivo. En su evolución posterior, dicha evidencia quedará opacada y encubierta a medida que el componente esencial del Estado irá adoptando nuevas formas de manifestarse e incorporando nuevos rasgos que darán lugar en algunos casos a estructuras políticas inconsistentes, tal cual podremos comprobar en el Estado democrático. La progresiva juridificación del Estado hará que se llegue a identificarlo con una forma jurídica (positivismo jurídico de Kelsen); o la ideologización del Estado puede conducir a su idealización extrema al considerarlo encarnación del espíritu absoluto (Hegel); o, al tiempo que el Estado crece abarcando adicionales funciones políticas, sociales y económicas, se colocará su esencialidad en la realización de la justicia social y el bien común (socialdemocracia, democracia cristiana y socialismo). De allí que hayamos centrado nuestro interés en la etapa originaria del Estado.

Pero no es sólo en el nivel de los procesos objetivos de surgimiento y consolidación del Estado que se expresa su esencialidad de monopolio de la coacción. También en el nivel subjetivo de sus primeras teorizaciones y justificaciones, con las que guarda una estrecha consistencia, podemos apreciarla. De ellas vamos seguidamente a tratar la tesis de la soberanía y el pensamiento de la razón de Estado.

4. Doctrina de la Soberanía.

Es Bodino quien en el siglo XVI elabora la doctrina de la soberanía, dentro de lo que constituye la primera concepción sistemática y trascendente del Estado, correspondiéndose de una manera que podríamos denominar descriptiva-prescriptiva con los procesos materiales y objetivos del surgimiento del Estado, a los que hicimos referencia en el apartado anterior. Por correspondencia descriptiva-prescriptiva queremos decir que las concepciones del Estado soberano de los primeros grandes teóricos como Bodino y Hobbes, tuvieron un carácter descriptivo y prescriptivo al mismo tiempo con respecto a la realidad histórica que les tocó vivir. Descriptivas de las tendencias centralizadoras orientadas hacia la formación de un tipo de asociación política; especialmente les sirvió de referente empírico muy notorio la presencia de la hegemonía española que desde los Reyes Católicos había logrado la unidad política primero, y posteriormente, con el descubrimiento de América y la consecuente obtención de abundantes riquezas, su consolidación y expansión imperial.

Prescriptivas en el sentido de que se adelantaban a la realidad creando anticipadamente los rasgos definitivos del Estado nacional. Así, no obstante lo dicho del Imperio español, éste no reunía aún las condiciones más acabadas y propias del Estado Moderno. La monarquía española, por su vocación universalista en lo político y en lo religioso, se hallaba ideológicamente más cerca del Sacro Imperio medieval, a pesar de que en ella comenzaba a despuntar la concentración monopólica del poder político como rasgo distintivo del Estado emergente. En cuanto a Francia e Inglaterra, la situación política para la época de Bodino y Hobbes era de convulsión y guerras religiosas y civiles sumamente cruentas, secuela directa de la Reforma protestante. Por eso, las teorías de ambos pensadores significaron la justificación de la necesidad de formar un poder absoluto capaz de imponer el orden y de posibilitar la convivencia política entre todos los súbditos.

Bodino introduce en la literatura jurídico-política de la época la expresión *puissance souveraine* que carece de la tradición greco-latina de otros conceptos y términos políticos; su originalidad se hallaba en conjunción con la idea de Bodino de que Francia era el único Estado soberano del mundo. Y si bien esto puede resultar una exageración, no lo es el que Francia representa el modelo paradigmático del Estado absoluto, primera expresión del Estado soberano moderno. De donde, tal cual lo indica Hintze, "la soberanía es una categoría histórica, que en realidad sólo puede comprenderse plenamente partiendo de la historia del Estado y del derecho francés"³³. Francia en su competencia con el predominio español, al que aspiraba equilibrar, y ayudada por el genio político y organizador de Richelieu, construye una unidad de poder político-militar burocratizado fundamento del nuevo Estado nacional, territorial, unitario, moderno y soberano, que debido a su portentosa superioridad, las demás naciones se verán obligadas a imitar.

La soberanía es, por ende, un concepto nuevo que cobra vida para definir la especificidad de un fenómeno igualmente nuevo: el Estado. Chevallier exalta con admiración la auto-suficiencia que le genera a Bodino la conciencia de hallarse surcando por aguas nunca antes visitadas: "¡Con qué elevación advierte que es menester formar la definición de soberanía, porque no hay

³³ HINTZE: ob. cit., p. 300.

jurisconsulto ni filósofo político que la haya definido, aunque sea el punto principal y el más necesario de hacer comprender en el tratado de la República! No menos desdeñosamente señala que nadie antes que él ha sabido destacar con rigor *los verdaderos signos de la soberanía*, los que permiten a los súbditos reconocer a su verdadero titular”³⁴.

Bodino definió la soberanía como el poder absoluto y perpetuo de una República, y la encarnó en la institución monárquica por ser la que más eficazmente garantizaba en su opinión ambos atributos, aunque admitió la posibilidad teórica, inspirada en el pensamiento político aristotélico, de que residiera en la multitud (democracia) o en unos pocos (aristocracia). El poder absoluto del soberano significaba que su voluntad se encontraba por encima de las leyes positivas, incluyendo a las por él promulgadas. La facultad de dar y anular leyes, a todos en general o a cada uno en particular sin necesidad del consentimiento de éstos, era el principal signo de la majestad soberana y el que abarcaba a todos los demás. El poder de mando es, pues, la esencia de la soberanía y ha de descansar en una voluntad única y absoluta. En cuanto respecta al atributo de la perpetuidad de la soberanía, quedaba garantizado porque la monarquía es institución vitalicia y eterna que por medio del derecho de sucesión trasciende la mortalidad física e individual de quienes la encarnan (el rey ha muerto, ¡viva el rey!).

Sin embargo, la idea de un polo originario absoluto y permanente de poder político no agota la noción de soberanía en Bodino, pues existe además un componente axiológico que le pone límites a aquél. La ley de la razón divina y la ley natural bajo ninguna circunstancia pueden ser desobedecidas o derogadas por el monarca, ambas constituyen un ámbito normativo superior a toda legislación positiva del que ni el mismo soberano puede sustraerse. Estos límites a la soberanía impiden que el ejercicio de ella degenere en tiranía y aseguran el bien de la República que tan caro era para Bodino. En fin, su concepto de soberanía se propone conjugar la existencia de un poder absoluto en el Estado con toda una gama de límites al mismo. Aunque, como lo sostiene Hermosa Andújar, si bien ese propósito llegó a realizarse con cierto éxito, fue a costa de mantener ambigua la fijación de los criterios últimos de control de

³⁴ CHEVALLIER, Jean-Jacques: *Los grandes textos políticos*, Madrid, Aguilar, (séptima edición) 1977, p. 41.

la actividad del soberano y la sanción que habría de dársele en caso de producirse alguna extralimitación ³⁵.

En Hobbes la ambigüedad presente en la obra de Bodino desaparece cuando confiere al Estado y su soberanía total autonomía de valoraciones axiológicas previas o trascendentales. El derecho natural y la razón divina ya no representan límite alguno. Hobbes absolutiza el poder soberano tanto desde el punto de vista moral como político. La idea de lo bueno en la vida privada es no sólo inútil sino perniciosa para los asuntos públicos. Únicamente la ley soberana puede crear la distinción entre lo bueno y lo malo. Fuera de la ley positiva no existe injusticia porque es la voluntad soberana, expresada en el mandato legal, la que crea la justicia. **Voluntad única-poder-ley-justicia** se identifican en una misma ecuación que no requiere de ninguna otra fundamentación más allá de los propios términos que ella encierra. Con el contrato original que da nacimiento a la sociedad política -al "hombre artificial" de Hobbes- cada uno de los hombres particulares se despoja simultáneamente de su libertad individual y de la facultad de juzgar sobre el bien y el mal, sobre lo justo y lo injusto.

El poder soberano, una vez constituido contractualmente, se autojustifica por su capacidad de preservarse a sí mismo, pues, haciéndolo, cumple al mismo tiempo con su función propia que es garantizar la paz interna y la defensa frente a enemigos externos. El Estado se legitima por su sola presencia efectiva. De allí que Hobbes se oponga al derecho a la resistencia y la desobediencia aún en el caso extremo de una feroz tiranía, ya que, a pesar de todo, ésta es también una forma de manifestación de la soberanía. La desobediencia al Estado, cuando se produce, no es consecuencia de una obligación o derecho por parte de los súbditos, ni siquiera de una iniciativa meramente fáctica de los mismos, sino de la incapacidad del poder soberano de hacer eficaz su actuación plena. Si el Estado se debilita al punto de no poder mantener la paz y la seguridad colectivas, se retorna a la situación inicial del estado de naturaleza y el individuo adquiere nuevamente su derecho a protegerse a sí mismo, y a buscar el amparo de otro poder soberano. El logro de la preservación de la paz interior y la seguridad externa devienen así en la razón inmanente que justifica el surgimiento y mantenimiento del Estado y su poder monopólico: la soberanía.

³⁵ HERMOSA A., Antonio: "Del absolutismo a la democracia: génesis y desarrollo de la teoría moderna del Estado", *Revista de Estudios Políticos*, N° 68, 1990, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 192.

La Ley principal de la naturaleza es la autoconservación, y ella se traslada al cuerpo artificial del Leviatán proporcionándole la justificación suficiente para recurrir a la fuerza, inclusive a aquella que se ejerce y aplica tiránicamente. Definitivamente, la fuerza tiene un lugar protagonista en toda la filosofía política hobbesiana: el estado de naturaleza se halla cargado de violencia (*homo homini lupus*), de una violencia anarquizada; la sociedad civil, construida a partir de un pacto contractual, se somete a la violencia organizada en el poder soberano del Leviatán, porque “los contratos sin la espada no son más que palabras”.

En Hobbes, la soberanía nos descubre la esencialidad del Estado en un poder monopólico e irresistible que se aplica sin limitación alguna. Podría decirse que su pensamiento político, sin exponerla explícitamente, asume la tesis de la razón de Estado. Ello se evidencia, por ejemplo, en el tratamiento que le da a la tiranía, según hemos visto. No deben entonces extrañarnos los paralelismos que frecuentemente se han hecho entre Hobbes y Maquiavelo, como este de Chevallier: “Tanto desde el punto de vista religioso como desde el político, este Hobbes era un impío, un blasfemo. ‘El impío Hobbes’, se dirá durante mucho tiempo, como se decía: el ‘malvado Maquiavelo’. Este papel de cabeza de turco, ostentado por el florentino desde hacía un siglo, iba a asumirlo Hobbes a partir de la segunda mitad del siglo XVII (...) Sin embargo, se producía con respecto a Hobbes lo que había ocurrido también con respecto a Maquiavelo: los poderosos, los hábiles, después de haber infamado en público al autor del *Leviatán*, lo leían en el secreto de su cuarto de trabajo, para encontrar en él la justificación racional del poder absoluto”³⁶.

Pero ese poder aparece legitimado dentro de una concepción filosófico-política global que, partiendo de unos aspectos antropológicos pesimistas acerca de la naturaleza humana, deriva de ellos una solución consistente: la necesidad de un poder absoluto que, aún en el peor de los casos, el de un gobierno tiránico, cumple la función fundamental justificadora de su existencia, cual es, la preservación del orden interno y su defensa frente al exterior. Por eso, el pensamiento de Hobbes, que en su momento sirvió para legitimar el absolutismo monárquico, es aplicable para cualquier forma de gobierno autoritario y, en

³⁶ CHEVALLIER, ob. cit., p. 67.

general, para toda concepción política que asuma el supuesto de la inevitabilidad de la maldad de la naturaleza humana. De ahí que las teorías liberales y democráticas, que se opondrán a Hobbes en su lucha contra el absolutismo, terminarán por acoger, junto a las novedades de la “soberanía popular”, la “división de poderes”, los “derechos individuales”, etc., la necesidad de mantener, así sea como recurso de última instancia, la capacidad de imponer el monopolio de la fuerza, incurriendo de esa manera en una obvia inconsistencia a la que nos referiremos en otra parte de este trabajo ³⁷.

Llama poderosamente la atención lo acabada que se nos presenta la teoría del Estado desde estas sus primeras formulaciones. En la obra de Hobbes, sobre todo, hallamos de una vez trazados los elementos básicos de la temática que ha permanecido constante hasta nuestros días. A Hobbes se le puede llegar a cuestionar con consistencia sólo adoptando un paradigma completamente alternativo al que él delineó. Tal es el caso del anarquismo, o el de la democracia directa y participativa, pero el precio que se ha de pagar es el de ubicarse en el límite que separa la realidad de la utopía. Eso explica la sempiterna vigencia de Hobbes y el que su pensamiento pueda ser reinterpretado por cada generación con renovada originalidad ³⁸. Este fenómeno se debe, en nuestro criterio, a que Hobbes logra centrarse en lo que es esencial al Estado: el monopolio del poder político y, por ende, de la coacción. Al respecto suscribimos la opinión de Pérez Royo: “...aunque pueda parecer extraño, en la actualidad, ya que los árboles de múltiples cuestiones colaterales (formas de Estado, formas de gobierno, sistemas políticos: presidencialistas, parlamentarios, dictatoriales, regímenes políticos abiertos y cerrados, democracia, totalitarismos, etc.) no permiten ver el bosque, la cuestión esencial de cuál es la naturaleza del Estado, cuál es la diferencia específica que distingue al Estado de todas las demás formas de organización política preestatales, consiste en la concentración y monopolización de las relaciones políticas, del poder político ³⁹.”

Sin embargo, a pesar de que la soberanía será definitivamente un concepto de tratamiento persistente en todo el pensamiento político posterior a sus primeros

³⁷ Vid. *Infra*, p.195.

³⁸ Un reciente estudio que nos ofrece una nueva imagen de Hobbes es el de BAUMGOLD, Deborah: *Hobbes's Political Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

³⁹ PEREZ ROYO, J: *Introducción a la Teoría del Estado* Barcelona Blume, 1980 pp. 19 y 20.

teorizadores, con la elaboración de nuevos enfoques políticos irá perdiendo la claridad y univocidad originarias, estrechamente ligadas al proceso de concentración del poder político que implicó la aparición del Estado moderno, para ir adaptándose a las sucesivas formas políticas que éste adoptaría y que, si bien asumen lo sustantivo de la idea de soberanía, requieren de justificaciones legitimadoras diferentes, e incluso opuestas, a la del absolutismo monárquico. En consecuencia, el avance de las ideas liberales y democráticas de pensadores como Locke, Rousseau, Montesquieu, a lo largo del Siglo de las Luces, hará indispensable enfatizar y desarrollar la distinción que ya hiciera Bodino entre titularidad y ejercicio de la soberanía, a objeto de tender puentes que salvaran el abismo abierto entre la idea de un poder único e indivisible como es la soberanía, y las nuevas tesis de los derechos inalienables de los individuos, la participación democrática de los ciudadanos en el poder político y la división de poderes del Estado, encaminadas todas ellas a proteger al ciudadano de los abusos del poder absoluto. Surgen de ahí planteamientos diversos sobre la titularidad de la soberanía y el ejercicio de la misma que al final se sintetizan en una fórmula destinada a perdurar hasta el presente, según la cual, la titularidad reside en el pueblo, pero éste no la ejerce directamente sino a través de sus representantes (la soberanía popular y la democracia representativa). Fórmula que no deja de ser inconsistente conforme veremos al abordar posteriormente el tema de la democracia.

El alejamiento del concepto de soberanía de la realidad inmediata del poder que le sirvió de fundamento originario, se acentuará más todavía con el desarrollo de la Teoría del Estado, llevada a su máxima expresión por el pensamiento político alemán del siglo XIX. En efecto, el positivismo jurídico transformará la realidad política del Estado y su soberanía en realidades jurídicas, lo que, aunado al enfoque jurídico-institucional predominante en la ciencia política de fines de siglo XIX y comienzos del XX, desembocará en controversias interminables y disquisiciones complicadas acerca del significado y alcance de la soberanía ⁴⁰.

No obstante esas complejidades, encontramos una amplia coincidencia en reconocer la soberanía como 1) el modo de ser propio del Estado, la cualidad

⁴⁰ Si se desea tener una idea de hasta qué punto puede llegar la discusión del tema de la soberanía invitamos a consultar la parte de la obra de Manuel García-Pelayo que trata el tema del Federalismo. Véase, García-Pelayo, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, capítulo VII.

inherente a su naturaleza esencial, lo que le confiere su especificidad, al punto de que un Estado no soberano, no es un Estado propiamente dicho; 2) un monopolio de poder político que no reconoce límites a su autodeterminación, que determina sin ser determinado. En cuanto monopolio, tiene carácter absoluto e indivisible, lo que no implica que no pueda ejercerse a través de órganos con funciones y competencias diferentes, ya que, siguiendo a Hegel, los poderes ejecutivo, legislativo y judicial no son poderes autónomos dentro del Estado, sino poderes del Estado que carecen de virtualidad y justificación por sí mismos, las adquieren de su pertenencia al todo de la unidad sustancial del Estado. Los diversos poderes del Estado, a diferencia de la división mecánica del poder feudal, forman parte de una unidad orgánica de tal suerte que al realizar cada uno sus propios intereses contribuyen al mismo tiempo a la conservación del todo en el que están incluidos ⁴¹; y en cuanto monopolio de poder político significa que tiene asegurada su pretensión de autodeterminarse mediante la capacidad de hacerse obedecer con el uso exclusivo de la fuerza a su disposición, *última ratio* de la política.

A los efectos de su contrastación con la razón de Estado vamos a finalizar enfatizando la función legitimadora de la soberanía. Ciertamente, hemos señalado ya que la soberanía es la expresión ideológica de la facticidad política del Estado en cuanto que éste coincide con el monopolio del poder coercitivo. La soberanía facilita la asimilación de ese poder asignándole la titularidad legítima y la adecuación axiológica a principios igualmente legitimados. Duverger le atribuye una función de justificación valorativa de la supremacía material del Estado ⁴², puesto que ningún poder se mantiene, recordando a Rousseau, si no logra transformar la fuerza en derecho y la obediencia en deber ⁴³, o, dicho en terminología de Weber, se trata de transformar la mera fuerza en dominación legítima.

Pues bien, de entre los múltiples ingredientes que refuerzan el potencial legitimador de la soberanía, sobresale el sentimiento nacional, al cual está ligado desde sus mismos orígenes en la medida en que el Estado soberano

⁴¹ HEGEL, G.W.F.: *Filosofía del Derecho*. Caracas, Ediciones de la Biblioteca, UCV, 1991, pp. 281 y ss.

⁴² DUVERGER, Maurice: *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*. Barcelona Ariel (quinta edición), 1970, p. 54.

⁴³ ROUSSEAU, J.J.: *El Contrato Social*, Madrid, EDAE, 1969, p. 28.

irrumpe articulado al florecimiento de las nacionalidades, fuerza centrífuga del universalismo representado por la Iglesia y el Imperio. Las solidaridades nacionales pronto se impusieron por sobre las familiares, grupales, de clases, raciales y religiosas; el caso suizo, mosaico de lenguas, razas y religiones, cohesionado por un acendrado vínculo nacional, viene a ser un modelo paradigmático. Sin entrar a evaluar las diversas razones del éxito y fuerza de ese sentimiento tan complejo, no cabe duda de la influencia que en él ha ejercido su simbiosis con el Estado y el poder soberano. El sentimiento nacional es en gran medida creado, y en todo caso intensificado por la socialización secundaria llevada a cabo por el sistema educativo del complejo institucional del Estado moderno. Este es el principal interesado en desarrollar la identidad nacional, y lo es porque se beneficia de ella al reforzar la unidad del poder político que él encarna. A tal punto sigue siendo estrecha la unión entre soberanía y nacionalidad que, aún hoy, a pesar de las tendencias "transnacionalizadoras" de esta época, es anhelo de muchos pueblos de la tierra el constituirse en Estados nacionales soberanos. A la descolonización que siguió a la Segunda Guerra Mundial se suman, en estos finales de siglo, las sorpresivas aspiraciones del conjunto heterogéneo de nacionalidades desgajadas de la hasta ayer monolítica unidad de la Unión Soviética.

La defensa de la "soberanía nacional" se ha erigido en un valor superior que justifica y legitima el papel de la principal organización del complejo institucional encargado de accionar el monopolio del poder coactivo del Estado: la institución armada. Cuando la defensa de la soberanía se identifica con la defensa de la Patria, alcanza la soberanía su más alto nivel de legitimación. En esa instancia, el poder coercitivo adquiere la prodigiosa facultad de obtener el sacrificio gustoso y espontáneo de muchos ciudadanos, y de obligar por la fuerza a aquellos que, por razones diversas, se resisten a hacerlo o, en el mejor de los casos, de exponerlos al desprecio social por su falta de amor a la nación que todo les da.

Para concluir, si bien el concepto de soberanía nos devela buena parte de la esencialidad del Estado, la de ser éste un poder monopólico que no reconoce límites a su autodeterminación, la función legitimadora de que se halla revestida y con la cual se manifiesta, no nos permite alcanzar una completa comprensión de aquélla. Si queremos, por consiguiente, acceder a las profundidades del Estado, debemos abordar un nuevo elemento constitutivo

que, a diferencia de la soberanía, permanece en una esfera más oscura y menos pública, nos referimos a la razón de Estado.

5. *La razón de Estado*

Montesquieu, en el **Espíritu e las Leyes**, establecía una diferencia entre la **naturaleza** del gobierno y su **principio**: la naturaleza lo hace ser, el principio lo hace obrar. De igual forma podemos afirmar que la soberanía remite a la naturaleza del Estado, en tanto que la razón de Estado a su principio. La esencia estática del Estado se halla en ese poder político que se autodetermina, basado en el uso monopólico de la fuerza, mientras que su esencia dinámica, la relativa a su movimiento, a las reglas de su uso y aplicación, la encontramos en la razón de Estado, ésta es su ley vital, la lógica que garantiza su supervivencia. La soberanía nos dice de qué está hecho el Estado, la razón de Estado cómo funciona. Pero antes de continuar en esta línea de razonamiento que nos conducirá directamente a la delimitación de los aspectos conceptuales definitorios de la razón de Estado, tal cual la entenderemos en el contexto del presente trabajo, nos vemos obligado a efectuar algunas reflexiones de orden histórico sobre tan polémico concepto.

5.1. La razón política en la literatura de la razón de Estado

Este mirar hacia atrás se justifica, primero que nada, porque, al igual que sucede con la soberanía, es en el momento de surgimiento del Estado moderno cuando se expresa con mayor claridad su esencialidad. No es casual que la literatura acerca de la razón de Estado nazca y se desarrolle, alcanzando su forma más acabada, justo con el origen y consolidación de los Estados. Pero se da la paradoja de que la razón de Estado, como tema o pensamiento político explícito más no como práctica y realidad, va desapareciendo progresivamente, conforme tiene lugar la institucionalización del Estado nacional, después de haber cumplido un importante papel en sus orígenes. También obliga a buscar en el pasado el que, extrañamente, la ciencia política contemporánea no trate el tema. En los manuales introductorios y en los textos dedicados al análisis del objeto de la politología, la ausencia del tema es notoria. Y decimos que es extraño porque la ciencia política dominante ha insistido mucho en estudiar el fenómeno político libre de valoraciones, y si en algo coinciden los tratadistas es en que la razón de Estado desnuda a la política de todo ropaje valorativo. Por

tanto, la razón de Estado debería ser materia privilegiada de la ciencia política. Diera la impresión de que la razón de Estado, como denominación y como práctica política, fuese asunto del pasado, que es una etapa superada del quehacer y del pensar políticos. La misma apreciación tiene Bobbio cuando subraya que "el tema del poder oculto, *olim* de los *arcana imperii* o lo que es lo mismo, de los *arcana seditionis*, ha sido completamente eliminado de los tratados de ciencia política y derecho público como si ya no tuviera ningún interés, como si, con la aparición de los estados constitucionales modernos y con la formación de la opinión pública, el fenómeno hubiera desaparecido por completo. (...) Será positivo que, de ahora en adelante, se le dedique un espacio igual de amplio en nuestros próximos estudios ⁴⁴.

Nos vemos entonces compelidos a estudiar, bien que muy someramente y en forma selectiva de acuerdo a las necesidades de nuestra argumentación, lo que en el pasado, cuando se habló abiertamente de ella, se dijo era la razón de Estado.

Pero resulta que al revisar la literatura clásica sobre el tema nos encontramos con que, empezando por *El Príncipe*, no nos proporciona todo lo que requerimos para hacer una adecuada caracterización de lo que hemos de entender por razón de Estado. Además, el concepto se nos presenta no sin cierto grado de confusión. Por lo pronto, Maquiavelo registra la palabra Estado (lo Stato), pero no utiliza la expresión "razón de Estado". Según García-Pelayo, el primer testimonio escrito de esta expresión es de 1521, y se encuentra en Guicciardini ⁴⁵. A lo que se suma el que el significado de Estado en Maquiavelo es muy diferente a lo que en rigor constituye el Estado moderno. Como apreciaremos seguidamente, las formas políticas que sirvieron al secretario florentino de referentes empíricos -las existentes en su tiempo y las del pasado plasmadas en las obras de los clásicos griegos y latinos- no eran Estados en el sentido que los hemos definido. De ahí que se haya afirmado con fundamento que *El Príncipe* no contiene una teoría del Estado, ni una mención, siquiera

⁴⁴ BOBBIO, N: "La crisis de la democracia y la lección de los clásicos", en Bobbio, N, G. Pontara y S Veca: *Crisis de la democracia*, Barcelona, Ariel, 1985.

⁴⁵ GARCIA-PELAYO, Manuel: "De las razones históricas de la Razón de Estado", estudio preliminar de la obra Botero, Giovanni: *La Razón de Estado y otros escritos*, Caracas, Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Central de Venezuela, 1962, p. 29.

aproximada, al concepto de soberanía que pronto, por vía de Bodino, llegaría a ser el rasgo definitorio más característico, a nivel jurídico-político, del Estado al surgir bajo su primera forma de Estado absoluto. En rigor, no podríamos hablar de razón de Estado en Maquiavelo, porque esta fórmula supondría la existencia del Estado.

Sin embargo, toda la llamada literatura de la razón de Estado tendrá su despliegue a partir de la publicación de *El Príncipe* en 1532. En efecto, la primera etapa de esta literatura, cuya principal ubicación corresponde a la Italia de la Contrarreforma, evolucionará en polémica con el pensamiento de Maquiavelo intentando conciliar lo que éste había separado: la política de la religión y la moral; de ese esfuerzo, y con el apoyo en Aristóteles, surge la distinción entre una razón de Estado buena y una razón de Estado mala. La confusión se incrementa si tomamos en cuenta a los autores que trataron el tema de la razón de Estado en vinculación orgánica con el surgimiento del Estado absolutista, como son los casos de Richelieu, Rohan y Naudé, por mencionar sólo a los pensadores del paradigmático modelo francés. En ellos observamos una ruptura con el método de análisis de los autores italianos basado en la aplicación ahistórica de esquematizaciones inspiradas en el pensamiento clásico, y una nueva manera de reflexionar articulada a las realidades de la construcción del Estado y sus necesidades. Pero, a pesar de ello, no pueden dejar de polemizar con Maquiavelo, aceptándolo y rechazándolo al mismo tiempo.

Y más confusión se añade cuando, posteriormente, el idealismo e historicismo alemanes, junto con el nacionalismo, en sus anhelos de crear un Estado soberano, rescatan el para entonces olvidado pensamiento de la razón de Estado y transforman a Maquiavelo en un nacionalista y patriota.

¿Qué explica toda esta ambigüedad con relación a Maquiavelo? ¿qué es lo que aceptan de su pensamiento y aplican en la práctica pero rechazan en público, los constructores de los Estados modernos? ¿por qué el pensamiento de la razón de Estado no puede dejar de debatir con Maquiavelo? ¿cómo entender toda esta confusión que hallamos en la literatura sobre la razón del Estado?

Para nosotros, la respuesta a este conjunto de interrogantes está en que Maquiavelo, más que una razón de Estado propiamente dicha, aporta una

elaboración de lo que denominaremos, por ahora sin mayor precisión, **razón política**. Pero, en virtud de que los ejemplos de regímenes políticos empleados por él fueron modelos políticos tiránicos, esa razón política **no era utilizable en su totalidad** para los políticos y tratadistas de la Contrarreforma, ni para los políticos y tratadistas vinculados a la construcción de los Estados modernos. Por eso, todos ellos se vieron en la necesidad de modificar a Maquiavelo adaptando la esencia de su razón política a las exigencias de su particular tiempo histórico. Es decir, el gran mérito y originalidad de Maquiavelo está en haber redescubierto y expuesto, en el momento histórico oportuno, la razón política; pero esa razón política no fue presentada en forma abstracta y general, si no en la forma particular de la **razón política tiránica**, consecuencia inevitable de la formación renacentista del florentino y de la influencia que, a través de ella, ejercieron las tiranías tan detalladamente descritas por la literatura de los clásicos, las cuales coincidían con las realidades políticas que tuvo ocasión de observar directamente.

Analicemos con más detenimiento el anterior planteamiento -sin duda polémico por no convencional dentro de las interpretaciones más aceptadas de Maquiavelo-, no sin antes aclarar que no nos interesa el Maquiavelo total e histórico que ha hecho posible, según se destaquen unos u otros aspectos de su obra o sus compromisos políticos, ver a un Maquiavelo "maquiavélico" o a un Maquiavelo "nacionalista", sino el aporte de su pensamiento que nos facilitará acceder a un concepto general de razón de Estado válido para todas las formas del Estado moderno. Con ello complementamos nuestra labor de delimitación de la esencialidad del Estado.

Dentro de un estilo en el que se mezclan las propuestas de directivas para la acción y la utilización ahistórica de ejemplos del pasado y del presente, ciertamente diferente a las exposiciones posteriores sobre la razón de Estado de autores como Botero (1589), Clapmarius (1605) y Zúccolo (1621), en las que se ordena al amplio material histórico proporcionado por los clásicos en esquemas y conceptos generales, hallamos lo que consideramos aportaciones principales de Maquiavelo para la elaboración de un concepto claro de razón de Estado: primero, la idea de que existe un modo de hacer política que tiene sus propias reglas técnicas y, segundo, más importante aún, la absolutización del poder político que se independiza y subordina todo lo demás a esa independencia.

La concepción técnica de la política implica la correcta adecuación de los medios al logro y preservación del poder político. Se basa en la creencia en una naturaleza esencialmente inmutable de la política cuyas regularidades se pueden detectar estudiando los múltiples ejemplos que la historia nos ofrece. Según Cassirer, para Maquiavelo "El que conoce una edad las conoce todas. El político que se enfrenta a un problema concreto y efectivo, puede encontrar siempre en la historia un caso análogo, y obtener de dicha analogía el curso conveniente de su acción. El conocimiento del pasado es una guía segura; quien ha logrado tener una visión clara de los acontecimientos del pasado, sabrá cómo entendérselas con los problemas del presente y cómo disponer el futuro. No hay, por consiguiente, mayor peligro para un príncipe que desconocer los ejemplos de la historia"⁴⁶. Una manera a-histórica de servirse de la historia. Esa naturaleza inmutable de la política obliga a ajustarse a las reglas técnicas que la rigen, y a conocerlas bien si se desea practicarlas con éxito.

Lo dicho conduce directamente a la relación entre la naturaleza humana y la naturaleza política. En principio, la naturaleza humana, igualmente inmutable como toda naturaleza, tiende a la sed insaciable de disfrute del poder; el hombre aprende rápidamente por experiencia que el poder es fuente directa de placer y, además, medio para la obtención de otros placeres. Esa naturaleza humana es el recurso primario del que se vale la naturaleza política, pero ésta no puede aprovecharse de él en su estado bruto, requiere adecuarlo a sus necesidades, a su modo de ser. Si no, la naturaleza humana puede más bien erigirse en el principal obstáculo de la realización de la naturaleza política. Para que se produzca la síntesis de ambas naturalezas, el político ha de conocer y aprender a practicar las reglas de la política. Es la *virtú* de la que habló Maquiavelo, que consiste en el conjunto de capacidades y habilidades que ha de poseer el príncipe para alcanzar el éxito en el arte de adquirir y conservar el poder. La sanción para el príncipe que no asimila las reglas del juego político, que se deja llevar por su sola natural ambición de poder sin articularla a la naturaleza política, es el fracaso, la pérdida del poder político. Se muestra así la naturaleza de la política subordinando la naturaleza humana a sus necesidades técnicas. En fin, con el descubrimiento de las relaciones correspondientes entre medios y fines, la natural voluntad política queda iluminada por la *ratio*, dando lugar a la *ratio política*.

⁴⁶ CASSIRER, Ernst: *El mito del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 185 y 186.

No obstante, la concepción técnica de la política no hubiera tenido las enormes consecuencias del pensamiento de Maquiavelo si no hubiese estado acompañada de lo que estimamos el aporte decisivo del florentino, que es la absolutización del poder político. Esta es la que hace peligrosa a aquélla, en la medida en que subordina todo a la política, ya que pudiera pensarse en un quehacer técnico de la política que excluyera los medios y fines éticamente ilícitos, es decir, en una racionalidad de adecuación medio-fin que estaría limitada sólo a la utilización de los medios y fines permitidos. De ese modo lo hicieron los tratadistas de la Contrarreforma cuando diferenciaron una razón de Estado **buena** de una razón de Estado **mala**. En cambio, la absolutización del poder político significa que éste se transforma en un fin en sí mismo, un fin superior ante el cual todo lo demás pasa a ser mero *instrumentum*, en realidad condicionada frente a lo incondicionado. La política no sólo se separa de la ética, la moral y la religión, sino que las convierte en medios condicionados a ella. La religión y la moral dejan de ser valores en sí mismos, para pasar a ser valores al servicio del mejoramiento de la política.

Este es el planteamiento que tendrá mayores repercusiones después de Maquiavelo y ante el cual se elevarán, primero, el fallido intento de la Contrarreforma por conciliar la *ratio confessionis* con la *ratio status*, y después, una vez alcanzada la completa secularización del pensamiento político y entronizada la razón en el centro del universo durante el Siglo de las Luces, el esfuerzo por reconstruir la unidad perdida entre política y derecho, política y ética, esfuerzo que perdura hasta nuestros días.

Con la absolutización del poder político y su concepción racional-técnica, Maquiavelo pretende haber descubierto el *logos* del poder político, lo que es común a todas las formas de ejercer el poder, la razón política válida para cualquier tiempo. Y, en efecto, pensamos que fue así, sólo que la razón política descubierta por él quedó comprometida con la forma particular de ejercer el poder que es la tiranía. Porque si bien -tal cual demostraremos seguidamente- la tiranía nos revela con mayor facilidad que ninguna otra forma los rasgos esenciales de la razón política, su especificidad impide que se la pueda utilizar de manera general.

Las tiranías fueron los ejemplos empíricos que permitieron a Maquiavelo respaldar sus generalizaciones acerca de la práctica del poder. García-Pelayo

nos traza magistralmente el tipo ideal de la forma política predominante de la Italia que sirvió al secretario florentino de laboratorio político: la *signoria*. De ella destacamos los siguientes rasgos ⁴⁷:

1) La *signoria* se caracteriza, ante todo, por el hecho de que la totalidad del poder se concentra en una persona física.

2) Es un poder absolutamente originario y superior a cualquier norma jurídica positiva. Que se ejerce, por consiguiente, al margen de todo derecho y legalidad. No interesa su juridicidad sino su facticidad.

3) Es un poder que tampoco necesita de legitimidad. "El hecho es que los nuevos príncipes son indiferentes a la legitimidad: si se puede obtener se obtiene, pero, si no, renuncia sin pena a ella, pues las cosas están de tal modo, se muestran con tal exigencia y crudeza, que no interesa la justificación del poder sino simplemente su conservación (...) no quiere ni necesita encerrarse en el marco de las limitaciones que al ejercicio del poder impone un principio de legitimidad" ⁴⁸.

4) Al carecer de legitimidad, el poder descansa solamente sobre las cualidades personales de su portador y sobre su disposición de medios e instrumentos adecuados para mantener su dominio efectivo.

5) "De esta carencia a toda referencia normativa y a toda vinculación existencial entre el sujeto y el objeto del poder, se desprende que la *signoria* era puro *status*, una situación real y concreta de dominación, agotada en la nuda relación de mando y obediencia, sin institucionalización de ninguna especie y sin intervención de otros factores ordenadores ⁴⁹.

6) La ausencia de institucionalización del poder hacía de la *signoria* una forma política sumamente inestable, sujeta a un constante dinamismo que no garantizaba ni siquiera la seguridad personal del príncipe, por eso "el príncipe había de estar siempre en guardia para conservar ese poder constantemente disputado por los enemigos internos y externos, para mantener una situación

⁴⁷ GARCIA-PELAYO: "De las razones... ob. cit., pp. 13-24.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 22.

que no se sustentaba en vinculaciones espontáneas, ni en norma alguna, ni se aseguraba en una creencia en la legitimidad o en una vinculación existencial con su pueblo. Podía decirse condenado a reconquistar cada día su reinado”⁵⁰.

7) Por último, en la *signoria* “se desconoce también toda unidad o vinculación existencial entre el príncipe, el pueblo y el territorio, pues *lo stato* se cambia, se vende, se pierde, se adquiere, etc. es puro objeto: *cambiare lo stato, prendere lo stato, torre lo stato, pigliare lo stato, vendere lo stato, perdere lo stato, cacciare lo stato, etc.*, son expresiones que se encuentran constantemente en la obra de Maquiavelo y en otras fuentes de la época”⁵¹.

Podemos apreciar que la *signoria*, en el contexto de su peculiaridad histórica, reúne los rasgos de toda tiranía, pues se trata de una forma de poder absoluto, personalista y arbitrario, que se ejerce sin el consentimiento de los gobernados y, de ser necesario, contra la resistencia y oposición de éstos. Así fue percibido por los propios italianos de la época que denominaban tiranos a quienes tenían el poder; ya Bartolo de Sassoferrato escribió en el siglo XIV: *Italia est plena tyrannis*, y en 1562 Sperone Speroni equipara la *ragione di stato* a tiranía⁵².

Además, a estas formas políticas tiránicas de su tiempo se añaden tiranías a las que Maquiavelo tuvo acceso a través de las lecturas de los clásicos griegos y latinos. Jenofonte, Tucídides, Platón, Plutarco, y hasta el mismo Aristóteles, ofrecían un rico material de análisis y observaciones sobre las tiranías; tanto es así que Ludovico Settala llega a lamentarse de que Aristóteles, en el libro V de su *Política*, el cual versa acerca de las causas de las revoluciones y los medios para mantener la constitución de las diferentes formas políticas, dedicara mucha más atención a la tiranía que a las formas puras y sus correspondientes “razones de Estado buenas”⁵³. En verdad, es la tiranía, como forma de poder, la que establece un estrecho parentesco -aunque autores como Peter Donaldson no estén de acuerdo con esta apreciación-⁵⁴ entre la razón de Estado de Maquiavelo y la literatura clásica sobre los *arcana imperii*.

⁵⁰ *Ibidem*. p. 24.

⁵¹ *Ibidem*. p. 22.

⁵² *Ibidem*. pp. 15 y ss.

⁵³ SETTALA, Ludovico: *La Razón del Estado*, Madrid, EFE, 1988, p. 172.

⁵⁴ Sobre la relación del pensamiento de Maquiavelo con la literatura clásica de los *arcana imperii*, recomendamos el artículo de Peter Donaldson “Maquiavelli and Mystery of State” (publicado en *American*

Una vez establecido que fueron tiranías las formas políticas que sirvieron a Maquiavelo de principales referentes empíricos, vamos ahora a razonar nuestra tesis de que esa circunstancia fue la que le permitió acceder a la **razón política**, debido a que la tiranía es la forma política cuyo *logos* muestra con mayor claridad y evidencia los rasgos esenciales del poder político, la que nos permite ver sin camuflajes ideológicos el núcleo de la política: el uso de la fuerza y las habilidades que se requieren para su ejercicio. El secreto de la tiranía, como fuente privilegiada para develar el corazón de la política, se halla en la "libertad" que se tiene en ella para ejercer el poder. Mientras que a las demás formas las constriñe algún principio de legitimidad, la tiranía goza de total discrecionalidad para la utilización del poder político libre de toda restricción legal o ética. Profundicemos esta tesis observando cómo se comporta la tiranía en los dos rasgos distintivos de la razón política que detectamos en el pensamiento de Maquiavelo: la racionalidad técnica de medio-fin y la absolutización del poder.

En cuanto al primero de ellos vimos ya que la razón política supone una racionalidad de medio-fin en el ejercicio del poder. Pues bien, tal racionalidad implica a su vez la presencia de un **actor** que traza la estrategia más adecuada al logro del fin, y que efectúa el **cálculo correcto** de cuáles medios ha de emplear para la preservación de su poder político. Recordemos que el actor natural del modelo racional es el individuo. Este tiene más posibilidades de actuar con coherencia a la hora de tomar decisiones que un grupo o un complejo institucional. Siendo así, la racionalidad es más fácil de observar cuando, como sucede con la tiranía, el actor que realiza el cálculo de la adecuación medio-fin es un actor individual. En segundo término, la posibilidad de mayor racionalidad se acentúa si, como sucede también en la tiranía, el individuo concentra el poder en su propia persona y se da una relación muy directa entre él y los instrumentos de poder. En tercer lugar, la racionalidad se incrementa, además, si al poder individual, absoluto y personal, se añade la total arbitrariedad para hacer uso de los medios aplicables a la obtención del fin, como ocurre igualmente en la tiranía, ya que el actor posee más posibilidades de elegir entre medios más numerosos. Esto es, el ejercicio individualizado, personal, absoluto

y arbitrario del poder, propio de la tiranía, se adapta mejor que otro al modelo de acción racional inherente al concepto de razón política.

Recordemos también -lo resaltamos al enumerar los rasgos de la **signoria**- que las tiranías se caracterizan por su inestabilidad y dinamismo debidos a la ausencia de institucionalización del juego político. El tirano ha de estar en permanente actitud de observación y vigilia de cuanto sucede a su alrededor, "condenado a reconquistar cada día su reinado". La no institucionalización del poder político acelera y diversifica el proceso de adopción de decisiones; aumenta el número de jugadas que está obligado a hacer el tirano en el ajedrez político; y con ello se intensifica su creatividad. La imperiosa necesidad de preservar un poder que se halla personalizado en él, que, por consiguiente, depende de lo que él haga o deje de hacer, pone a prueba el potencial creativo del tirano, lo obliga a dar todo lo que su inteligencia e imaginación son capaces de dar. La consecuencia es que la tiranía nos ofrece un material mucho más rico, numeroso y diversificado en estrategias, recursos y habilidades empleados en la tarea de conservar el poder, que otras formas políticas, lo cual, sin duda, facilita al observador la labor de percepción de las eventuales regularidades existentes en el comportamiento político racional, y la captación de las estrategias acertadas y de las fallidas, es decir, de las que logran una adecuación correcta entre el medio elegido y el fin deseado, y de las que no lo logran, de los aciertos y de los errores, en fin, de todo lo que permitirá a un Maquiavelo llegar a establecer sus máximas y preceptos dirigidos a la formación del príncipe en el principio fundamental del poder: la razón política.

Finalmente, si relacionamos este aspecto de la racionalidad técnica con el de la naturaleza humana, podríamos diferenciar dos tipos de tiranía a las que denominaremos **racional** e **irracional** respectivamente, distinción que nos permitirá ahondar un poco más en la comprensión de la vinculación existente entre tiranía y razón política.

La tiranía requiere para su realización del impulso vital que le ofrece la naturaleza humana, la cual, según ya se dijo, tiende a la incesante búsqueda y disfrute del poder; necesita del "animal político" y de su insaciable sed de poder. Cuando se produce la síntesis armónica entre esa ambición personal y la aplicación de la razón política, hablamos de una **tiranía racional**. En ella la naturaleza humana se canaliza a través de la razón política, y ésta, por su parte,

se beneficia de aquélla para su cocreación eficaz. Por definición de lo que entendemos por razón política, la tiranía racional es una tiranía exitosa en cuanto realiza la razón política al lograr el fin de la preservación del poder, y con ello, paradójicamente, cumple una función social positiva, especialmente en aquellas situaciones sociales donde antes de implantarse la tiranía reinaba el caos y la anarquía, pues, cuando el tirano se percata de que la perpetuación de su ambición de poder depende del aprendizaje y práctica de la razón política, la satisfacción de sus intereses y egoísmo personales dan como sub-producto un interés colectivo que es la preservación del orden social y político que antes no existía. De esto último se desprende otra característica de la tiranía racional cual es la tendencia a perdurar, al menos hasta la finalización de la vida política útil del tirano.

Por contraposición a la anterior, la tiranía irracional sería aquella en la que la ambición personal del tirano se despliega sin aplicación de la razón política. En este caso nos encontramos con un poder que destruye los fundamentos mismos que le garantizarían su existencia, un poder que consume sus propias fuerzas al materializarse. Por lo que, necesariamente, es un poder fugaz, tan deslumbrante y escandaloso como efímero. Nos hallamos en presencia de la exacerbación sin límites de la ambición personal del poder, en la que éste sirve únicamente de fuente de placer para el tirano. Es un poder hedonista y ciego, que no se percata de la necesidad de ajustarse a las reglas mínimas que aseguren su mantenimiento. **Un poder sin razón política.** Por ende, las tiranías irracionales no nos dicen nada acerca de la correcta adecuación de los medios a los fines, pero no por eso dejan de ser un material provechoso para el teórico de la razón política, ya que, además de enseñar lo que no debe hacerse - aprendizaje a partir de los errores- este tipo de tiranía nos proporciona los ejemplos más extremos de ejercicio del poder político, sus formas más caprichosas, cínicas e inmorales, los límites hasta donde es capaz de llegar la imaginación y la ambición de la naturaleza humana en su dimensión política. Dicho de otro modo, esa expresión desbordada, lujuriosa y fantástica de la acción política en la tiranía irracional que, por serlo, es también la más libre de las formas políticas al carecer hasta del límite utilitario de su propia preservación, se convierte en **fuente creadora de medios** que, una vez descubiertos, quedan ahí para ser eventualmente aplicados por la razón política. De las astucias y excentricidades de un tirano irracional, pueden sacar buen provecho tanto un tirano racional como un estadista de un Estado autoritario, totalitario... o

democrático. Este papel de proveedor de medios sería su única relación con la razón política.

También vimos que la razón política implicaba, además de la racionalidad instrumental de adecuación de medios a fines, una absolutización del poder político en el sentido de una valoración superior del mismo al punto de que todo lo demás le quedaba subordinado. Pues bien, en las tiranías es donde con mayor claridad se nos manifiesta esta absolutización del poder. En ellas resulta muy evidente la posición de valores condicionados que asumen el derecho, la moral y la religión. El poder político se les impone con toda su fuerza hasta el grado de llegar a marginarlos negándoles incluso el carácter de *instrumentum regni*. Si es un poder arbitrario, ¿para qué se necesita el derecho?, si es un poder ilegítimo que acepta su ilegitimidad, ¿para qué requiere de instancias legitimadoras como la religión o la moral? La tiranía encarna la máxima absolutización posible del poder político, entendido en su dimensión más esencial que es la aplicación de la fuerza. El poder político en la tiranía se nos presenta como el poder que no depende de ninguna otra variable porque su preservación queda condicionada a su propia capacidad para imponerse.

Con lo expuesto queda completa nuestra argumentación en respaldo de la tesis de que fueron las formas políticas tiránicas las que posibilitaron a Maquiavelo acceder a la esencia de la razón política. Y debido justamente a esa transparencia de la forma tiránica de gobierno que nos descubre lo fundamental de la razón política, es que el pensamiento del secretario florentino tendrá la trascendencia y las perdurables influencias que tuvo en la literatura política posterior y en la vida de grandes políticos y gobernantes. La vigencia de su Príncipe reside en que nos revela la razón política válida para cualquier forma de hacer política. No obstante, en virtud de que esa razón política general se nos presenta encarnada en lo que denominaríamos **razón política tiránica**, sufrirá un cuestionamiento permanente, parcial o total según los casos, pero siempre ambiguo.

En efecto, a veces será un falso cuestionamiento, pues se cuestiona en público lo que se acepta y encomia en privado. En este caso el "pecado" de Maquiavelo no está en lo que dice -que después de todo, eso es lo que suele hacerse en la práctica política- sino en publicar lo que debía permanecer prudentemente

callado o reducido sólo al consumo de los iniciados, y de haberlo hecho a través de un medio y una forma destinados a tener éxito irresistible: un libro de extensión reducida y de estilo sencillo, claro y seductor, y con un método que en nuestra sociedad de masas es el secreto de muchos *best sellers* "cómo hacer para tener éxito".

Otras veces el cuestionamiento vendrá de quienes se niegan a aceptar la subordinación instrumental de la religión, la moral y el derecho a la absolutización del poder político. En este sector se ubica el extenso grupo de autores de la Contrarreforma que durante un siglo, coincidente con la hegemonía del imperio español que se extiende desde el Concilio de Trento hasta la Guerra de los Treinta años, desarrolló una numerosa obra, aunque reiterativa en su contenido, sobre la *ragione di stato* tratando de armonizarla con la *ratio confessionis* en esfuerzo que finalmente resultaría vano. El procedimiento más acabado al que recurrieron fue el de diferenciar, siguiendo la tipología aristotélica de formas de gobierno puras e impuras, una razón de Estado buena o verdadera, y una razón de Estado mala o falsa; la mala sería la propuesta por la mente satánica e impía de Maquiavelo, mientras la buena, la que habrían de practicar los gobernantes del imperio español comprometido con la defensa de la fe cristiana universal. El padre Rivadeneira, en el prólogo al **Tratado del príncipe cristiano** (1595) afirma que "la razón de Estado no es una sola, sino dos: una falsa y aparente, otra sólida y verdadera; una engañosa y diabólica, otra cierta y divina; una que del Estado hace religión, otra que de la religión hace Estado, una enseñada de los políticos y fundada en vana prudencia y en humanos y ruines medios, otra enseñada de Dios, que estriba en el mismo Dios y en los medios que El, con su paternal providencia, descubre a los príncipes y les da fuerzas para usar bien de ellos" ⁵⁵.

Efectuada esta breve pasantía por la historia de literatura de la razón de Estado, en la que hemos hallado más una **razón política** que una razón de Estado propiamente dicha, nos hallamos ya en condiciones propicias para el abordaje analítico del concepto de razón de Estado tal como será entendido en el contexto del presente trabajo.

⁵⁵ Citado por García-Pelayo: "Las razones ..., *ob. cit.*, p. 187.

5.2. Una visión actualizada de la razón de Estado

5.2.1. La razón de Estado como imperativo absoluto

Vamos a entender la razón de Estado como el principio vital del Estado, el que tiende a garantizar su preservación. En palabras de Meinecke: "Razón de Estado es la máxima del obrar político, la ley motora del Estado. La razón de Estado dice al político lo que tiene que hacer, a fin de mantener al Estado sano y robusto"⁵⁶.

Exponiéndolo en la fórmula de una máxima de acción, la razón de Estado afirmaría: **ha de hacerse todo lo necesario para preservar el Estado**. Supone entonces la razón de Estado un **imperativo absoluto**, una obligación de actuar autorreferida y fundada en sí misma, que, por consiguiente, no requiere de ningún otro elemento externo al propio imperativo. Si analizamos más detenidamente su contenido, observaremos que esa fórmula se construye sobre una valoración fundamental del objeto Estado: en cuanto valoración, la preservación del Estado implica una asignación de valor que se traduce en **un deber ser**; en cuanto valoración fundamental, **en un deber ser incondicionado, absoluto**. Es la absolutización valorativa del Estado que transforma a éste en realidad última, que no puede, en consecuencia, sustentarse sobre algo extraño a él mismo, y que ha de hallar en su propio ser la justificación de su existencia. El Estado pasa a ser una realidad **de por sí, porque sí**. La preservación del Estado constituye de esa manera una autovaloración, una valoración tautológica -debe ser porque debe ser-, que es posible porque la voluntad que hay detrás de toda valoración, en este caso la voluntad del Estado, así lo determina.

Un segundo aspecto presente en ese imperativo, que se relaciona en un todo inseparable con la valoración fundamental de la preservación del Estado y se deriva lógicamente de ella, es que toda realidad diferente al Estado pasa a ser

⁵⁶ MEINECKE, F.: *La Idea de la Razón de Estado en la Edad Moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 3. Esta obra es especialmente recomendable para una aproximación histórica al pensamiento de la razón de Estado; en opinión de M. Finley constituye la "gran obra canónica" sobre la historia intelectual de la razón de Estado. Sin embargo, a pesar de los extraordinarios méritos de este trabajo y de la envidiable erudición de la que hace gala Meinecke, no nos ayuda a aclarar el panorama conceptual, más bien contribuye a oscurecerlo. Ello se debe, en nuestra opinión, a que Meinecke no introduce las necesarias diferenciaciones analíticas -por ejemplo, no distingue la razón política de la razón de Estado- que permitan asimilar los abundantes elementos históricos de los que se sirve.

de inferior jerarquía axiológica. Ello significa que, llegado el caso de tener que elegir en situación de incompatibilidad de valoraciones, la valoración de la preservación del Estado ha de estar por encima de cualquier otra. Si, por ejemplo, en un momento determinado el derecho se hace incompatible con la preservación del Estado, ésta ha de imponerse sobre aquél; lo mismo sucede con otras realidades valoradas como la ética y la religión. La absolutización del Estado lo transforma en realidad incondicionada, lo que exige necesariamente la condicionalidad de todas las demás realidades.

5.2.2. Razón de Estado y racionalidad

Expresándonos ahora en el lenguaje de la racionalidad de medios y fines, podemos apreciar una faceta adicional del significado de la razón de Estado. Lo presentado hasta aquí podría exponerse de la siguiente forma: la absolutización de la preservación del Estado significa que es un fin último, un fin en sí mismo, sin ninguno otro fuera de él que lo condicione. Consecuentemente, todos los demás fines son potencialmente instrumentos al servicio de ese fin.

Pero la máxima de la razón de Estado impele además a **hacer todo lo necesario**. Este **hacer todo lo necesario** proporciona a la razón de Estado completa libertad para someter a condición de *instrumentum regni* lo que, dadas las circunstancias del caso (sólo ajustándose al principio de racionalidad al que nos referimos inmediatamente) garantice la consecución del fin último. Nada se escapa, por tanto, a la posibilidad de perder su valor en sí para transformarse en mero instrumento condicionado. La práctica política conforme a la razón de Estado está unívoca e indisolublemente atada al fin de la preservación estatal, pero en cuanto a los medios de que puede valerse goza de la máxima discrecionalidad. Nos encontramos, pues, con que en la razón de Estado se da la síntesis de dos absolutos contrapuestos, el de la total determinación y el de la total libertad: determinación para con el fin, libertad para con los medios (ello se traduce en la máxima conocida de que “el fin justifica los medios”).

Ahora bien, esa total libertad respecto a los medios hay que entenderla potencialmente, en el sentido de que ningún medio se escapa, a priori y considerado de manera aislada y general, de ser utilizado para la preservación del Estado. Nada puede quedar fuera de la panoplia de medios a disposición de la razón de Estado. Pero una vez que pasamos a la relación medio-fin, entra a jugar un papel protagónico el principio regulador de la racionalidad. El hacer

todo lo necesario implica la aplicación de este principio que coadyuva a asegurar el logro del fin propuesto. La elección del medio adecuado en una determinada circunstancia al fin deseado, no puede hacerse de manera arbitraria o azarosa, sino que ha de ajustarse a las reglas de la racionalidad. La racionalidad en la articulación medio-fin es el recurso del que se sirve la valoración fundamental de la preservación del Estado como vía de su propia realización. Es también la garantía de que los medios elegidos sean los más convenientes. Conforme al principio de racionalidad, ha de seleccionarse los medios que más y mejor garanticen el fin, los que hagan más eficiente su consecución, es decir, aquellos que obtengan la mayor cantidad de fin al menor costo posible. En ello consiste la maximización de la relación medio-fin. No es, una simple y ciega aplicación de medios al fin propuesto, sino una aplicación iluminada por la eficacia de la *ratio*.

Por supuesto que no hemos de entender la racionalidad de la manera rigurosa, formal y exacta como se la define y aplica en la teoría económica o en la teoría de los juegos. Las condiciones complejas y cambiantes de las situaciones políticas, especialmente aquellas de gran conmoción social, posibilitan sólo una aplicación limitada y satisfactoria del modelo de racionalidad que ha de ser una guía para la acción política, un norte que la oriente de acuerdo a sus principios más generales, y no una camisa de fuerza. Sobre este particular es ilustrativo contrastar nuestra noción de razón de Estado con la razón política de Maquiavelo, la cual suponía una naturaleza de las cosas regular y repetitiva que permitiera fijar directrices válidas para cualquier tiempo y circunstancia. Pensamos, por el contrario, que no es posible definir máximas generales de validez universal, pues la naturaleza de lo político no lo permite. En cuanto actividad política, la razón de Estado se mueve en un contexto de gran incertidumbre, en el que el cálculo de la correcta adecuación de los medios al fin último de la conservación del Estado no está predeterminado por reglas fijas e inmutables, y que ha de ayudarse más bien con el método de ensayo y error, llevando a cabo una permanente revisión de los resultados para constatar si los medios fueron o no eficaces. Ante esta incierta situación, las reglas de la racionalidad obligan a seguir casi siempre estrategias conservadoras, lo que en teoría de los juegos se denomina estrategias *mini-max*⁵⁷, es decir, ha de estarse

⁵⁷ Entre la ya muy numerosa bibliografía que existe sobre el tema puede consultarse por ejemplo, Luce, R. y H. Raiffa: *Games and Decisions*, New York, Wiley, 1957, cap. 13.

preparado para lo peor que pueda suceder aún cuando no sea lo más probable. Así por ejemplo, la probabilidad de que suceda una situación extrema de guerra con otro Estado, o de intenso desorden en el ámbito interior, puede ser baja, incluso postulemos que los cálculos efectuados asignen una alta probabilidad a que la paz externa y la armonía interna continúen por tiempo indefinido. Aún en ese caso, se han de tomar medidas que anticipen la ocurrencia de los acontecimientos menos probables, ya que, dada la incertidumbre inherente a los complejos procesos políticos, aunado a los altísimos costos que se habría de pagar si se dieran esos eventos menos probables sin estar preparados para enfrentarlos, la racionalidad de la razón de Estado obliga a hacerlo.

Esto explica por qué los Estados, aún en tiempos de paz y prosperidad, invierten cantidades ingentes de recursos en construir y mantener sistemas de seguridad, y se comportan como si fueran inminentes los más desastrosos conflictos. Sencillamente, la razón de Estado, con sus exigencias de racionalidad, los impele a actuar de esa manera. Por tal motivo, las críticas que a veces se hace a las teorías inspiradas en la razón de Estado, en el sentido de que son unilaterales porque simplifican la realidad reduciéndola a los aspectos conflictivos y más negativos de la naturaleza humana ⁵⁸, parecen olvidar que, aún cuando se acepte que la realidad se desenvuelve en permanente combinación de relaciones de cooperación y conflicto, y que la naturaleza humana puede encaminarse hacia la plena solidaridad y armonía, la racionalidad inherente a la lógica de funcionamiento de los Estados les exige un comportamiento como si la realidad fuese esencialmente conflictiva, y la naturaleza humana respondiese al *homo lupus homine*.

5.2.3. Las limitaciones de la racionalidad

La naturaleza compleja e incierta de la política nos conduce a plantearnos el problema de las limitaciones de la racionalidad ⁵⁹. No se ha de olvidar que la

⁵⁸ Un ejemplo de este tipo de críticas lo hallamos en el análisis que hace J.C. Rey de la llamada doctrina de la seguridad racional. Vld. Rey: "Doctrina de Seguridad Nacional e Ideología Autoritaria", en *Seguridad, Defensa y Democracia en Venezuela*. Caracas, Equinoccio, 1980, pp. 217 y ss.

⁵⁹ Para un tratamiento actualizado, polémico y pluralista de este aspecto de las limitaciones de las teorías de la racionalidad, recomendamos OSTRUM, Elinor: "Rational Choice Theory and Institutional Analysis: Toward Complementarity", *American Political Science Review*, Vol. 85, N° 1, 1991.

racionalidad de la razón de Estado, como todo el enfoque racional, se enmarca en el individualismo metodológico al concebir la política en términos de acciones, decisiones, voluntades, etc. Con ello adquiere las posibilidades pero también las limitaciones de ese enfoque metodológico. Entre estas últimas se encuentra el que no es capaz de percibir la parte del proceso político que está más allá de la actividad manifiesta de los actores. Al quedar la política reducida a la racionalidad -o a la falta de ella- de actores individuales o grupales, que hacen cálculos de costos y beneficios y toman decisiones, se pierde de conocer los momentos no decisionales de la misma, aquellos procesos del poder que pertenecen al nivel de las totalidades y trascienden las voluntades individuales imponiéndoles restricciones que no alcanzan a controlar.

De allí el peligro que corre la razón de Estado, al pretender el control racional y absoluto de la política, de terminar enredada en una maraña de eventos sin lograr dar cuenta de ellos. Maquiavelo, quien en gesto de objetividad y honestidad intelectual se percató de que la realidad política no encajaba completamente en su modelo de racionalidad instrumental, no eludió el problema, aunque la solución que pretendió darle destruía de algún modo lo que con tanto acierto había elaborado. En efecto, recurrió a la **fortuna** para afrontar aquella parte de la política que quedaba al margen de la racionalidad de los actores. En un pasaje que recoge la extraña "solución" de un cincuenta por ciento de nuestras acciones a favor del libre albedrío y el resto para la fortuna, Maquiavelo nos dice: "No se me oculta que muchos creyeron y creen que la fortuna, es decir, Dios, gobierna de tal modo las cosas de este mundo que los hombres con su prudencia no pueden corregir lo que ellas tienen de adverso, y aún que no hay remedio ninguno que oponerles. Con arreglo a esto podrían juzgar que es en balde fatigarse mucho en semejantes ocasiones y que conviene dejarse gobernar entonces por la suerte (...) Reflexionándolo yo mismo, de cuando en cuando me incliné en cierto modo hacia esa opinión; sin embargo, no estando anonadado nuestro libre albedrío, juzgo que puede ser verdad que la fortuna sea el árbitro de la mitad de nuestras acciones; pero también es cierto que ellas nos dejan gobernar la otra, o a lo menos siempre algunas partes"⁶⁰. La consecuencia es que su recetario de técnicas para conservar el poder termina por no ser garantía de éxito, aún cuando fuesen aplicadas al pie de la letra por

⁶⁰ MAQUIAVELO, Nicolás: *El Príncipe*, Madrid, Espasa Calpe (duodécima edición), 1970, p. 21.

el más habilidoso de los príncipes, si al mismo tiempo no interviene favorablemente la acción de la fortuna. En palabras de Cassirer "Maquiavelo percibió muy claramente esta antinomia, pero no pudo resolverla, ni explicarla siquiera de una manera científica. Su método lógico y racional le falló en este punto. Tuvo que reconocer que las cosas humanas no están regidas por la razón, y que, por tanto, la razón no puede explicarlas totalmente. Tenemos que recurrir a otro poder: un poder semimítico. Las cosas parece que las gobierna la "Fortuna". Esta es, de todas las cosas, la más caprichosa. Cualquier intento de someterla a regla está condenado al fracaso ⁶¹.

Por nuestra parte, pensamos que la teoría de la acción racional, a pesar de los esfuerzos realizados por incorporar y formalizar la noción de **incertidumbre** -el equivalente de la fortuna de Maquiavelo- a su cuerpo conceptual tratando de conciliarla con la racionalidad ⁶², no alcanza a abarcar la totalidad de los fenómenos políticos comprendidos en la incertidumbre, dejando sin explicar parte significativa de ellos. Y esto es inevitable debido a las limitaciones del individualismo metodológico. Lo cual nos lleva a *corregir la noción de razón de Estado que habíamos adelantado, relativizando en ella la importancia de la racionalidad frente al principio de la absolutización de la preservación del Estado. Es decir, la racionalidad instrumental y técnica en la práctica de la razón de Estado ha de quedar subordinada a la valoración absoluta de la preservación estatal que constituye su fin supremo*. Tal subordinación se traduce en que la razón de Estado no puede confiar solamente en la racionalidad. Tampoco, en una suerte de solución a lo Maquiavelo, puede dejar la parte de incertidumbre que no logra abarcar la razón al riesgo de la fortuna, pues lo que se juegan hoy en día los Estados es demasiado vital como para hacerlo así. Por tanto, la práctica de la razón de Estado y su correspondiente teoría, han

⁶¹ CASSIRER, ob cit., p. 187.

⁶² Recomendamos los trabajos de Jon Elster: *The Cement of Society: A Study of Social Order*, New York, Cambridge University Press, 1989; y *Solomonic Judgements: Studies in the Limitations of Rationality*, New York, Cambridge, University Press, 1989; al igual que el de Tsebelis, George: *Nested Games: Rational Choice in Comparative Politics*, Berkeley, University of California Press, 1989. Ambos autores enfrentan el problema de la incertidumbre ampliando y modificando la teoría racional, es decir, se mantienen, aún reconociendo sus limitaciones, dentro del paradigma de la acción racional. Otros autores, en cambio, proponen enfoques alternativos por estimar que esas limitaciones no son subsanables satisfactoriamente. Entre estos tenemos, Jordan, Bill: *The Common Good: Citizenship, Morality, and Self-Interest*, Oxford, Basil Blackwell, 1989; y March, James y Johan, Olsen: *Rediscovering Institutions: The Organizational Basics of Politics*, New York, Free Press, 1989.

de reducir al mínimo posible la porción de incertidumbre que la racionalidad no llega a controlar, mediante la incorporación de una amplia gama de fuentes orientadoras de la acción política que van desde el conocimiento aportado por los enfoques holistas, empírico-inductivos e institucionales, hasta la intuición personal del político.

5.2.4. La objetivación de la razón de Estado

Un rasgo de primer orden para acceder a una cabal comprensión de la **especificidad que adquiere la razón política cuando se concreta en razón de Estado**, es su alto grado de objetivación en un conjunto heterogéneo y complejo de organizaciones, instituciones, normas, procedimientos, etc., en que consiste el Estado moderno. Tal objetivación de la razón de Estado se relaciona recíprocamente con el progresivo proceso de racionalización e institucionalización que ha sufrido el Estado a lo largo de su evolución histórica. Eso significa que la razón de Estado se practica, en su mayor parte y la mayor parte del tiempo, a través de ese complejo de actividades institucionalizadas.

La especificidad de esta característica destaca mucho más si comparamos la razón de Estado con la razón política tiránica. En las formas tiránicas de poder, recordémoslo, la razón política dependía totalmente de la habilidad y capacidad personales del tirano (de su *virtú*), si él fallaba, fallaba el principado; la estabilidad y supervivencia de éste se hallaban completamente subordinadas a las acciones y omisiones del tirano, a sus aciertos y errores. Ello se debía a la forma del poder tiránico: individual, personal, absoluto y no institucionalizado. En contraposición, la objetivación da a la razón de Estado mayores garantías de éxito, pues permite que se acumulen las experiencias del pasado y los resultados del aprendizaje obtenido a partir de esas experiencias. La supervivencia del Estado ya no depende sólo de las habilidades individuales, temporales y subjetivas, sino que dispone, además, del cúmulo institucionalizado de prácticas pertenecientes a una sucesión ininterrumpida de experiencias individuales y colectivas de muchas generaciones. Cuando un gobernante de un Estado ha de tomar decisiones de razón de Estado, no está solo, tiene a su disposición ese aprendizaje objetivado en el colectivo de instituciones estatales que lo ayudan a decidir y, claro está, a compartir responsabilidades y

consecuencias derivadas de esas decisiones. Es así como las decisiones del individuo se transforman en decisiones de Estado.

A lo anterior se suma el que la objetivación de la razón de Estado preserva al Estado de las eventuales subjetividades **disfuncionales** extremas que puedan darse en un gobernante. Por disfuncionales nos referimos a aquellas peculiaridades de personalidad que no contribuyen a la preservación del Estado y que, más bien, se oponen a ella. En el caso de las tiranías, tales subjetividades conducen ineludiblemente a la pérdida del poder político, como sucede con las denominadas "tiranías irracionales". Pero en lo que al Estado se refiere, la institucionalización lo protege de las conductas disfuncionales extremas de sus principales mandatarios; dependiendo de las formas particulares que adopten los Estados, variarán los procedimientos específicos para neutralizar las consecuencias de dichas subjetividades. Demás está decir que si estos procedimientos llegan a fallar, los resultados para el Estado terminan siendo tan nefastos como en el caso de las tiranías. Los ejemplos de Hitler y Mussolini son esclarecedores al respecto. Por el contrario, si en lugar de disfuncionales las conductas y subjetividades extremas del gobernante son funcionales, éste se transforma en un "Estadista insigne" y la razón de Estado se ve favorecida.

Por último, la objetivación de la razón de Estado nos ofrece un nuevo argumento a favor de la tesis de la unidad del poder político del Estado que tuvimos oportunidad de abordar al tratar el tema de la soberanía. No importa cuán complejo y diversificado pueda ser el desarrollo institucional de un Estado - división de poderes, descentralización, federación, múltiples burocracias civiles y militares, etc.-, en la medida que la razón de Estado se objetiva en todos sus elementos constitutivos, les proporciona ese sentido de unidad global propio de la esencialidad del Estado. La finalidad fundamental de la preservación estatal está imbuida en todas y cada una de las partes que lo integran. Hasta el organismo más alejado de las funciones directamente vinculadas al mantenimiento de la seguridad del Estado, se sabe partícipe de esa misión unitaria que es contribuir a su supervivencia. Las partes del todo reconocen que la preservación de éste es condición necesaria para su propia y particular subsistencia. De forma tal que la razón de Estado contribuye a la unidad del Estado en virtud de que asigna a sus partes, en mayor o menor grado según las funciones específicas que desempeñe cada una, cierto nivel de responsabilidad en la misión colectiva de materializar la valoración fundamental de su preservación.

5.2.5. La razón de Estado la excepcionalidad

Finalmente, vamos a completar nuestra caracterización de la razón de Estado abordando el punto de su supuesta excepcionalidad, lo que nos permitirá, de paso, precisar algunos otros de sus atributos.

Desde los mismos orígenes de la literatura sobre la razón de Estado, hallamos una visión que identifica este concepto con la excépcionalidad. Conforme a ella, la razón de Estado sería el conjunto de medidas extremas y extraordinarias que es preciso tomar en determinados momentos, cuando se producen circunstancias que amenazan gravemente la sobrevivencia del poder político. Ya desde el propio siglo XVI, Scipione Ammirato (1594) escribía en Florencia que la “Razón de Estado no es otra cosa que la transgresión de la ley ordinaria en pro del beneficio público, o sea, por consideración a una mayor y más universal razón”⁶³. En 1627, Pietro Andrea Cannonieri fijaba las condiciones que hablan de darse para recurrir a medidas de razón de Estado: “cuatro cosas deben concurrir en la razón de Estado: la necesidad de no poder hacer otra cosa, el exceso de los otros derechos, la utilidad pública, y que no se pueda asignar otra causa a aquello que se hace que la sola razón de Estado; por lo que la razón de Estado se puede definir bajo estas condiciones como un exceso necesario del derecho común por el fin de utilidad pública”⁶⁴. Y en 1683, fuera ya del contexto italiano (Amsterdam), Amelot de la Houssaye nos ofrece la que estimamos más completa y sustantiva: “Yo confieso que la razón de Estado deroga el derecho común o, como dicen algunos, el derecho civil (...) Pero se debe recíprocamente confesar que esta derogación o contravención no ha sido introducida y no la usan los príncipes sino por un bien mayor como es la conservación o acrecentamiento del Estado cuyo interés es casi siempre incompatible con el de los particulares (...) Há y una diferencia entre la política y la razón de Estado; ésta no es más que una parte de la otra. La política es de uso en todos los tiempos pero la razón de Estado sólo en algunas ocasiones, como cuando se trata de salvar el Estado, la vida o la autoridad del príncipe por algún hecho extraordinario”⁶⁵.

⁶³ GARCIA-PELAYO: “Las razones ...”, ob. cit., p. 187.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 190.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 191.

Ha de ser evidente a quien nos haya seguido hasta aquí en nuestras consideraciones sobre la razón de Estado, que no podemos compartir estas concepciones. Varias son las reservas y discrepancias que guardamos. La primera de ellas y más general, es que se trata de una noción estrecha y reducida de la razón de Estado. Lo que para nosotros es una parte de la razón de Estado, para esta concepción lo es todo. Identificar la razón de Estado con la excepcionalidad significa que la valoración fundamental en que consiste su esencia, como es la preservación del Estado, sólo se logra por medio de aquellas medidas que se salen de lo normal. La insuficiencia en que se incurre se percibe claramente con sólo pensar en que la conservación del Estado se puede obtener tanto con medidas excepcionales como con normales.

Una segunda observación es que dicha concepción implica una valoración determinada de la razón de Estado, aquella que la compromete con valoraciones consideradas negativas, como son la inmoralidad, la ilegalidad y la ilegitimidad. Es decir, hace de la razón de Estado algo valorativamente condenable, que se acepta sólo por su necesidad para preservar la existencia del Estado en circunstancias excepcionales. Se cae así en una posición éticamente inconsistente y, por tanto, intelectualmente inadmisibile. Ciertamente, al proceder a juzgar la razón de Estado desde una perspectiva ética, tal cual hace esa concepción, no se puede al mismo tiempo, si se desea mantener el imperativo de consistencia a que obliga todo compromiso axiológico, aceptar el recurrir a medidas antiéticas con el insostenible argumento de que sólo se aplican en condiciones extremas. Por el mismo motivo, tampoco sirve de justificación el que esas medidas son para realizar el bien común o la utilidad pública, pues en el terreno axiológico el fin no justifica los medios.

Como pudimos ver en su momento, nuestra concepción de la razón de Estado exige adoptar una perspectiva axiológica relativa. El único compromiso valorativo existente y vinculante es con la preservación del Estado, y al ser de carácter absoluto, lo demás carece de identidad valorativa propia y autónoma. En consecuencia, los medios de que se puede hacer uso para garantizar el fin fundamental pueden ser tanto morales como inmorales, legales como ilegales, normales como excepcionales. Todos se justifican de acuerdo a las circunstancias y a su mayor o menor eficacia. Recordémoslo, **en materia de medios, y todo puede adquirir esta condición ya que sólo existe un fin absoluto, la razón de Estado es completamente amoral.**

En tercer lugar, esta concepción supondría que la razón de Estado es **intermitente**, que únicamente interviene en determinados momentos excepcionales. Sería una razón de Estado *ad hoc*, aplicable sólo a circunstancias de excepcionalidad. De donde se derivaría, lógicamente, que la razón de Estado no interviene, no existe ni se necesita en tiempos de normalidad, es decir, la mayor parte del tiempo para que tenga sentido el significado de "normalidad". Ahora bien, si sólo las medidas extraordinarias forman parte de la razón de Estado, y el fin de éste es preservar al Estado, ¿Cómo llamaríamos a las medidas que preservan al Estado en tiempos de normalidad? ¿Qué tipo de razón sería la que preserve al Estado en situaciones no extraordinarias? Pero, más importante todavía, la razón de Estado de ese modo concebida haría inaplicable la preservación del Estado, salvo que asumiéramos que en los tiempos de normalidad nunca, y en ningún caso, es preciso recurrir a medios ilegales, ilícitos o inmorales, supuesto que parece difícil de sostener, aún teniendo un conocimiento muy ingenuo del comportamiento de los Estados en condiciones normales, ¿o es que acaso durante la ausencia de circunstancias excepcionales los cuerpos de seguridad, servicios de inteligencia y demás entes especializados de que disponen los Estados para garantizar su seguridad, permanecen pasivamente a la espera del momento excepcional para entonces, y sólo entonces, intervenir?

Nuestra concepción de la razón de Estado, en abierto contraste, supone una razón de Estado **permanente**, que se aplica tanto en los tiempos normales como en circunstancias extraordinarias. Lo que sucede es que en tiempos normales **predominan** los medios de preservación del Estado que, desde una perspectiva valorativa, denominamos legales, morales y legítimos, mientras que, por el contrario, en la excepcionalidad **predominan** los ilegales e inmorales. Y enfatizamos "predominan" porque de eso se trata, de la mayor o menor acentuación de unas medidas con relación a otras en un contexto variable en el que **siempre** existe una combinación de ambas clases.

Es comprensible, no obstante la pertinencia de los anteriores señalamientos críticos, la inclinación a considerar la razón de Estado sólo en la dimensión en que aparece como excepcionalidad, pues es en ésta cuando destaca especialmente el momento de la mayor discrecionalidad para el despliegue de la acción racional del actor político, para la adopción de decisiones espectaculares. Es la oportunidad en que se manifiesta con toda crudeza, sin eufemismos ideológicos de ninguna naturaleza, el carácter esencial de la razón de Estado:

una valoración absoluta de la preservación del Estado y una total libertad, inherente a esa valoración, para elegir los medios que sean necesarios a su realización y defensa. Es en la excepcionalidad cuando caen los débiles andamios sostenedores de la ilusión de que el Estado, en su esencia de monopolio del uso de la coacción, puede coexistir armónicamente con otras valoraciones incondicionadas; cuando ya no es posible ocultar, amparándose en el **secreto de Estado** de los tiempos normales, las medidas que repugnan a la sensibilidad humana éticamente comprometida. Es en la emergencia cuando la otra cara del poder, la que permanece oculta durante la normalidad, se nos muestra públicamente con todo su realismo a-moral.

También se explica esta concepción reduccionista, porque contribuye eficazmente a la legitimación de la razón de Estado al reforzar la idea de que es un mal necesario, por su inevitabilidad, pero que, afortunadamente, sólo se aplica en momentos muy reducidos de la historia de los pueblos organizados en Estados bien institucionalizados, y siempre en beneficio de la utilidad pública. Sería el precio que es preciso pagar por vivir en la normalidad del Estado de derecho, moral y legítimo, en cuyo marco se desenvuelven nuestras vidas la mayor parte del tiempo. Sin embargo sabemos, porque son muchas ya las evidencias comprobadas de que disponemos⁶⁶, que las organizaciones especializadas en la preservación de la seguridad de los Estados se mueven y actúan en ese mundo de penumbras y secreto, en el que constantemente franquean la línea divisoria que separa la legalidad de la ilegalidad, lo moral de lo inmoral.

6. *Recapitulación parcial*

Si reunimos ahora todos los elementos expuestos en esta primera etapa de nuestro periplo discursivo, podemos disponer de una caracterización adecuada de la esencialidad del Estado. Tenemos, de un lado, lo que hemos considerado

⁶⁶ No nos referimos al caso del Estado venezolano, u otro similar, porque las flagrantes transgresiones de la legalidad y la moralidad que caracterizan sus actuaciones pueden ser atribuidas a su condición de Estado "blando", no suficientemente institucionalizado. Hagámoslo con un Estado democrático de indudable prestigio institucional como el de los Estados Unidos. Pues bien, las pruebas acumuladas de los excesos cometidos por su sistema de seguridad, y recogidas en trabajos de investigación muy serios, son motivo ya de preocupación para académicos que ven amenazados los principios de su democracia. Vid. Jeffreys-Jones, Rhodri: *The CIA and American Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1989; Johnson, Loch: *America's Secret Power: The CIA in a Democratic Society*, New York, Oxford University Press, 1989; y Smist, Frank: *Congress Oversees the United States Intelligence Community, 1947-1989*, Tennessee, University of Tennessee Press, 1990.

el componente material del Estado, aquello de lo que está hecho: de potencial coactivo organizado en monopolio soberano. Del otro, lo que metafóricamente denominamos su principio vital, el principio rector que dinamiza esa materia y garantiza su supervivencia: la razón de Estado. Ambos, materia y principio vital, se integran en una totalidad que constituye la esencia del Estado, de todas las formas de Estado, desde el Estado absolutista hasta el Estado actual -cuya forma es objeto de discusión entre nuestros contemporáneos tratadistas-, pasando por el Estado liberal, el Estado democrático de derecho y el Estado social de derecho. Formas estas últimas que si bien no pensamos estudiar en su especificidad, conforme se dieron en cada momento histórico, si estarán presentes cuando nos refiramos al Estado democrático, en la medida en que esta fórmula genérica contiene rasgos relevantes de cada una de ellas.

En términos más precisos, la esencia del Estado vendría a ser el conjunto de entes institucionalizados conforme al modelo racional-burocrático, que pretende para sí el derecho soberano de ejercer el poder coercitivo (en un territorio - población) de acuerdo al imperativo absoluto de que ha de hacerse todo lo necesario para garantizar la preservación de ese derecho.

Es importante subrayar, a fin de evitar polémicas innecesarias -con las necesarias, debido a la naturaleza compleja y trascendente de los temas que tratamos, ya es suficiente- que no afirmamos que el Estado se reduce a sólo fuerza organizada en monopolio soberano y a razón de Estado, sino que éstas son variables esenciales, y que, según la definición dada a tales variables, están presentes en todas las formas de Estado. Hacemos nuestras las palabras de García-Pelayo: "más allá de cualquier forma que pueda adoptar el Estado, más allá de cualquier límite que se pueda imponer a sí mismo, más allá de su modo específico de ser, la primera ley vital del Estado es existir como tal, es decir, constituir, para decirlo con palabras de Max Weber, esa instancia que dentro de un territorio asume con éxito el monopolio legítimo de la violencia. Pues la existencia es el supuesto previo de todo modo de ser y, a la larga, ninguna forma de Estado puede subsistir sin cumplir con ese supuesto fundamental de la *ratio status*, constituido por la asunción de la violencia legítima, pues si no lo hace quien está en el poder lo hará otro, si no se desarrolla dentro de un forma o régimen, se desarrollará dentro de otra ⁶⁷. (Con la sola salvedad, a la que ya

⁶⁷ GARCÍA-PELAYO: "Las razones ..., ob. cit., p. 58.

hicimos referencia en su momento ⁶⁸, de nuestra divergencia respecto al carácter de legitimidad que Weber asigna a la violencia del Estado).

Esto es justamente lo que nos interesa enfatizar a los efectos de la argumentación que efectuaremos, una vez que en el próximo capítulo precisemos la esencialidad de la democracia, en respaldo a nuestra tesis acerca de la incompatibilidad básica e irresoluble existente entre Estado y democracia.

CAPITULO II

ESENCIALIDAD DE LA DEMOCRACIA

Hablar de democracia hoy, desde la inesperada perspectiva que nos ofrece la década de los noventa, parece a primera vista una labor fácil, porque se puede exclamar: ¡al fin todos estamos de acuerdo en qué ha de entenderse por democracia! Se acabó ese comienzo obligatorio, para quien deseara pronunciarse acerca del tema, referente a la ambigüedad del término y a sus múltiples e ideologizados significados que llevaron a algunos a la posición extrema de descartar el concepto de democracia, y lo que pretendiera significar, por no susceptible de tratamiento científico y por carente de utilidad analítica ⁶⁹.

Pasada a la historia de las ideas políticas la pretensión del marxismo de redefinir la democracia occidental en términos de una "verdadera" o "auténtica" democracia -la democracia popular-, y puestos en su lugar los regímenes autoritarios tercermundistas que se justificaban con caprichosas consignas democráticas, el panorama se ha aclarado sorpresivamente: ya resulta evidente que la democracia es la democracia representativa, la democracia constitucional basada en instituciones como la división de poderes, los derechos humanos individuales y colectivos y, sobre todo, el sufragio universal expresión de la soberanía popular. En lenguaje menos formal-jurídico y más politológico, es la democracia pluralista, abierta, en la que el pueblo tiene la oportunidad de

⁶⁸ Vid. *Supra*. pp. 23 y 24.

⁶⁹ Un muy ilustre representante de esta posición lo tenemos en Popper, quien se rehusa a "realizar cualquier tentativa- por juzgarla inoperante- de descubrir lo que la 'democracia significa' real o esencialmente; por ejemplo, tratando de traducir el término a la fórmula el 'gobierno del pueblo' ". POPPER, Karl: *La sociedad abierta y sus enemigos*, Buenos Aires, Paidós, 1967, Vol. I, pp. 194-195.

manifestar su voluntad y de elegir a sus gobernantes y representantes en periódicos procesos electorales realmente libres y competitivos, enmarcado todo ello en una axiología que se concreta en derechos individuales y colectivos inalienables.

El fenómeno no deja de ser notable si se repara en que a lo largo de la historia del pensamiento político occidental, creador y descubridor de la democracia como concepto y como realidad ⁷⁰, lo predominante ha sido una valoración negativa de la democracia, o la mayor confusión en su significado. Así, en la Edad Antigua la gran mayoría de los pensadores, incluyendo a Platón y Aristóteles, condenaban el gobierno democrático cuyo significado tenían muy claro. Después, el vocablo democracia desapareció del léxico acostumbrado hasta el siglo XVIII, cuando reaparece con sentido predominantemente peyorativo. Será con las revoluciones americana y francesa que se inicia el camino ascendente de la democracia valorada positivamente, aunque sometida, primero, a la suspicacia y al recelo de los liberales quienes, por tener también muy claro lo que ella significaba, se cuidaban bien, como es el caso de los *Founding Fathers* norteamericanos, de diferenciar la democracia -cargada de peligrosas consecuencias- del republicanismo moderado por el derecho y la representación ⁷¹; y luego, al más enconado rechazo de parte del socialismo marxista que la consideraba una forma política clasista (la democracia burguesa). Ya entrado el siglo XX, se llegará progresivamente a un consenso en torno a la valoración positiva de la democracia, pero acompañado al mismo tiempo de la degradación y confusión de su significado, al extremo de abarcar definiciones contrapuestas o incongruentes, no sólo entre realidades política e

⁷⁰ Suscribimos la posición de Moses Finley al respecto: "no me ocupo aquí de negar las posibilidades de que existan ejemplos anteriores de democracia, las llamadas democracias tribales, por ejemplo, o las democracias de la Mesopotamia antigua que algunos asiriólogos creen poder encontrar. Sean cuales sean los hechos acerca de estas últimas, el hecho es que su impacto en la historia, sobre las sociedades ulteriores, fue nulo. Los griegos, y sólo los griegos, descubrieron la democracia en tal sentido, de idéntica manera a como Cristóbal Colón y no algún marinero vikingo descubrió América (...) Por buenas y suficientes razones, es el caso que la única democracia griega que podemos estudiar en profundidad, la de Atenas en los siglos V y IV a. c., fue también la más fecunda intelectualmente. Doctrinas griegas originadas por la experiencia ateniense fueron las que leyeron las dos centurias pasadas, en la medida en que la lectura de la historia desempeñara algún papel en el origen y desarrollo de las modernas teorías democráticas" (*Vieja y Nueva Democracia*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 22).

⁷¹ Vld. Hamilton, Madison, Jay: *The Federalist Papers*, New York, New American Library, 1961, p. 81.

ideológicamente enfrentadas, sino igualmente dentro de una misma realidad política⁷².

En el presente, por primera vez en la historia, la democracia goza de una valoración positiva universal y de un significado unívoco. La exaltación de este acontecimiento ha hecho renacer, nuevamente, el planteamiento finalista según el cual, la democracia, de ese modo entendida y valorada, es la más acabada de las formas políticas habidas a lo largo del proceso histórico y, correlativamente, la etapa final del despliegue de la conciencia política de la humanidad⁷³.

Sin embargo, debemos ser precavidos ante este consenso eufórico, porque el hecho de existir un consenso sobre el significado de la palabra democracia no significa que deje de ser un concepto valorativo, y, menos aún, que ese significado particular exprese en verdad la esencia de la democracia. Para quienes pensamos que los regímenes políticos actualmente considerados democráticos no sólo están lejos de alcanzar niveles satisfactorios de democracia, sino que progresivamente se alejan de ésta en una evolución que los torna cada vez más elitistas, el desenmascaramiento crítico de la idea de que hemos conquistado definitivamente la democracia en una forma aceptable, constituye una labor intelectual prioritaria, como también recordar cuál es la esencia de la verdadera democracia. A determinar esta última y a develar, a partir de ella, la falsificación ideológica que se consuma en la llamada democracia representativa, dedicamos el presente capítulo.

⁷² Finley afirma refiriéndose a este fenómeno en la sociedad norteamericana: "los académicos defensores de la teoría elitista y los defensores estudiantiles de las manifestaciones estudiantiles y las manifestaciones y asambleas multitudinarias y permanentes, de consuno pretenden erigirse en salvaguardia de la democracia real y auténtica (...) aunque mutuamente incompatibles, comparten todos la creencia de que la democracia es la forma óptima de organización política". Finley *ob. cit.*, p. 18.

⁷³ Su expresión mas extrema es la tesis de Francis Fukuyama, cuya extraordinaria difusión sólo se explica por la función ideológica a la que está asociada, entendiéndolo por tal, la de servir de justificación legitimadora de un determinado sistema político haciendo pasar por teoría científica lo que son proposiciones valoradoras. Vid. Fukuyama, F.: "The End of History", en *The National Interest*, n° 16, verano de 1989. Una crítica a Fukuyama y al pensamiento finalista en general, que recomendamos, es la de Huntington, s. "No exit. The Errors of Endism", en *The National Interest*, n° 17, otoño de 1989; también puede consultarse la interesante réplica de Fukuyama a sus críticos, "Debate sobre '¿El fin de la Historia?'" vertida al español por la revista *Facetas*, n° 89, 3/90.

1. Participación axiológicamente comprometida: esencia de la democracia.

Debemos empezar por hacer un par de aclaratorias que serán válidas para el resto del análisis. La primera es recordar que nuestro compromiso en este trabajo no es el de presentar hasta sus detalles un modelo de democracia. No pretendemos llegar al nivel de la ingeniería constitucional; nos es suficiente, a los fines de nuestra tesis central que es constatar la incompatibilidad existente entre Estado y democracia, con resaltar los aspectos filosóficos y valorativos más generales y fundamentales de la concepción democrática, sin entrar tampoco a considerar los problemas de operatividad empírica de tales aspectos ⁷⁴. La segunda es que no aspiramos a demostrar la viabilidad de la democracia, directa y participativa tal cual la entenderemos, sino sólo a definir su esencia. Esta aclaratoria procede especialmente debido a la facilidad conque los interlocutores a quienes hicimos partícipes de nuestras ideas, exigieron inmediatamente pruebas acerca de la viabilidad de la democracia así definida, y la precisión sobre cuestiones prácticas de funcionamiento. Pareciese que es un deber de parte de quien identifica la democracia con democracia directa, el demostrar la posibilidad de su puesta en práctica. Al respecto, hemos de precisar que aún cuando se demostrase la inviabilidad de la democracia directa y participativa, ello no afectaría en nada la argumentación general que aquí presentamos.

Hechas las aclaratorias, pasemos directamente al tema que nos ocupa. La participación es la variable esencial de la democracia. Sin participación no puede haber democracia. Quien dice democracia, dice participación. Democracia-participación es la asociación refleja que se produce en nuestras mentes cuando oímos cualquiera de las dos palabras, aún en las de aquellos que niegan esa esencialidad argumentando que la democracia participativa es una utopía inviable ⁷⁵.

⁷⁴ Para quien se halle interesado en los aspectos operativos de una democracia directa y participativa recomendamos el trabajo de Benjamin Barber (*Strong Democracy*, Berkeley, University of California Press, 1984), especialmente el capítulo diez en el que ofrece todo un programa de operatividad institucional de lo que él denomina *strong democracy*.

⁷⁵ Nunca hemos podido entender cómo la individualidad puede ser argumento válido para negar que la participación directa sea la esencia de la democracia. Y menos aún, que del supuesto de que la democracia participativa sea inviable pueda derivarse entonces que la democracia haya de ser otra cosa. La inviabilidad de la participación directa demostraría, a lo sumo, que la democracia no puede existir como realidad material. Pero ello no autoriza a que se denomine democracia a lo que no lo es.

Y no es la participación del que acepta pasivamente las decisiones que otros toman por él y en su nombre. No es la participación que se niega a sí misma al realizarse en un único acto de participación electoral que significa la entrega de la autodeterminación individual y la renuncia a continuar participando, para que una minoría sí lo haga en representación de una abstracta y vacía **soberanía popular**. No. Es la participación de **todos** en los asuntos fundamentales de que depende la convivencia política en sociedad.

Al mismo tiempo, es una participación axiológicamente comprometida con el pleno desarrollo de las potencialidades individuales de cada uno y del cuerpo político como un todo. Es, por tanto, la participación que sintetiza en ella el interés general de la sociedad con el interés particular del individuo. En fin, "para la democracia participativa, el pueblo es un sujeto activo de la política. Su desiderátum es un pueblo participando activa y directamente en los asuntos de la comunidad. Es el modelo más cercano al antiguo, y siempre presente, arquetipo griego de la democracia, retomado en la célebre frase de Lincoln, de su discurso de Gettysburg del 19 de noviembre de 1863, 'el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo'. En segundo lugar, la democracia participativa implica un sentimiento de comunidad, un espíritu comunitario, en el cual la persona realiza sus potencialidades y ejercita sus capacidades. De allí la importancia de la educación participativa"⁷⁶.

Exponiéndonos a los riesgos de toda definición, diríamos que *la democracia es una forma de convivencia en la que todos participan, en plano de igualdad, en los asuntos colectivos -aquellos que los afectan de un modo general-, como medio indispensable para alcanzar el completo desarrollo tanto individual como colectivo*. Procedamos a analizar esta definición tratando de reducir la ambigüedad y generalidad inevitables de algunos de sus componentes.

Sin duda que la idea principal contenida en ella es la de participación orientada axiológicamente. Se puede apreciar, primero que nada, la subordinación normativa de la participación a propósitos valorativos superiores: la participación es valiosa en cuanto constituye el medio necesario para lograr el pleno desarrollo individual y colectivo. La participación no es, pues, mero instrumento,

⁷⁶ COMBELLAS, Ricardo: *La democratización de la democracia* Caracas, IFEDEC, 1988, p. 53.

un fin en sí mismo, sino que está articulada a compromisos éticos que se hallan fuera de ella misma. Se trata en definitiva, de una participación éticamente sustentada.

Los dos fines mencionados que justifican la participación como condición esencial de la democracia, se encuentran a su vez relacionados en recíproca necesidad: el desarrollo del individuo requiere de su participación en los asuntos colectivos, y el desarrollo del colectivo exige también la participación individual. Ambos intereses, particular y general, se necesitan mutuamente, pues cada uno se realiza en la realización del otro. He aquí el secreto de la fórmula democrática para resolver uno de los problemas sustantivos más difíciles que se le plantea a la filosofía política de todos los tiempos, el de cómo conciliar el interés individual y particular con el interés colectivo y general. Si un individuo no participa en los asuntos públicos se limita él en su desarrollo, pero al mismo tiempo limita el desarrollo del colectivo del que forma parte. Por consiguiente, el individualismo que está implícito en el modelo democrático ha de ser un **individualismo solidario**, según el cual la satisfacción de los intereses particulares presupone la satisfacción de los intereses colectivos.

La participación de todos en los asuntos públicos posee un compromiso axiológico adicional, relacionado no ya con los fines que la justifican -el para qué de la participación-, sino con los presupuestos que la hacen posible. Si la participación es una variable esencial de la democracia, por derivación lógica de lo que significa la esencialidad, siempre deberá estar presente para que un determinado sistema político pueda ser considerado democrático. Ello quiere decir que la democracia habrá de contemplar en su naturaleza alguna forma de impedir que la participación sea utilizada para negarse a sí misma. Ha de poder evitarse la opción de que por medio de la participación los participantes lleguen a decidir la negación del derecho a participar de algunos pocos o de la mayoría. Nos referimos a la paradoja de la democracia conforme a la cual la democracia puede autonegarse "democráticamente"⁷⁷. Tal paradoja se da indefectiblemente si no vinculamos la democracia a unos presupuestos que garanticen su permanencia, si, por el contrario, reducimos la democracia a una concepción

⁷⁷ Así ha ocurrido a veces a lo largo de la historia. Recordemos sólo el caso de la democracia ateniense, cuando en el año 411 a.c., la Asamblea decidió por votación abolir el sistema democrático de gobierno del que disfrutaban.

instrumental, a un simple sistema de toma de decisiones por mayoría. Para salir de esa trampa debemos admitir la existencia de unos derechos individuales, tales como el derecho a la vida, a la libertad de expresión, a la libertad de organizarse, que no sean enajenables por decisiones adoptadas democráticamente. Sin esos derechos no es posible practicar la participación manteniendo la esencia de la democracia permanentemente. La participación, en cuanto variable esencial de la democracia, implica, pues, la existencia de esos derechos que la hacen posible y que están fuera del alcance de la voluntad de quienes participan. Esto es, no se puede negar la participación participando. Salvo que hallemos razonable y significativo el participar por participar, la participación debe ser considerada un medio vinculado a una dimensión axiológica que le da sentido y, simultáneamente, la protege.

Por eso nos negamos a concebir la democracia únicamente en lo que tiene de instrumental, entendiéndola a modo de mero instrumento decisonal, sin compromiso valorativo determinado. Tal el caso de Frank Bealy, quien la define como un proceso de toma de decisiones dentro de un gobierno de derecho responsable: *"Democracy, a political regimen found in some modern states, is a decision-making process which can exist when public contestation inclusiveness, and responsible government are present and which can only be maintained when there is a rule of law"*⁷⁸. O el de Göran Therborn que vincula el proceso decisonal democrático al acto electoral: "Hablamos de democracia en un sentido estricto y formal (...) como un sistema político donde toda la población adulta tiene el derecho de votar por cualquier candidato, y también, como un sistema político donde el gobierno es electo dependiendo directamente de los resultados de las elecciones"⁷⁹. O, en una posición aún más restringida que vincula la democracia al principio de la mayoría, el caso de Cotarelo, para quien "la democracia es la forma de gobierno en que las decisiones se adoptan por mayoría, que actúa como la totalidad, pero que, no siéndolo, ha de respetar los derechos de las minorías. Entre éstos, a su vez, el más importante es el de convertirse en mayoría mediante procedimientos pacíficos"⁸⁰. Justamente, al

⁷⁸ BEALY, Frank: *Democracy and the Contemporary State*, New York, Oxford University Press, 1988, p. 28.

⁷⁹ THERBORN, Göran: *ob. cit.*, p. 89.

⁸⁰ COTARELO, Ramón: *Entorno a la Teoría de la Democracia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 18.

principio de la mayoría, que sintetiza las posiciones instrumentales de la democracia, dedicaremos mayor atención después de tratar otro de los componentes de nuestra definición de democracia que exige algo más de precisión.

Esa parte de la definición que amerita más explicación es la relativa a la condición de igualdad en la participación. Con ello queremos decir, solamente, que en el orden democrático no existe la relación supra-subordinación inherente a toda dominación. Esta **horizontalidad** de la democracia conlleva: a) la imposibilidad de que una minoría gobernante pueda obtener obediencia a través del control de aparatos coactivos; y b) al no haber la posibilidad de imponer coercitivamente la voluntad a los demás, los asuntos públicos han de ser manejados por medios tales como el acuerdo, la negociación, el diálogo, la tradición compartida, etc.

Si entendemos el poder político de una sociedad como el poder que tiene de garantía de su eficacia el recurso a la amenaza de aplicar la coacción para obtener obediencia, la democracia sería entonces una forma de convivencia carente de poder político. En la democracia no puede existir ese poder cosificado e institucionalizado en aparatos de dominación y coerción, porque cada quien conserva su capacidad de autodeterminación en un contexto colectivo de relaciones horizontales de mutuas influencias. Ante la ausencia de relaciones verticales de dominación tampoco es posible la relación de poder política en el sentido restringido que le hemos asignado a ésta. No hay, por consiguiente, una minoría que ejerce el gobierno mediante el control del poder coercitivo que hace posible la sujeción y la obtención de obediencia de los gobernados. Y es así porque, como dice Kelsen, "democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y el objeto del poder del estado y gobierno del pueblo por el pueblo"⁸¹. O, en definición de Carl Schmitt: "Democracia (tanto en cuanto forma política como en cuanto forma de gobierno o de legislación) es identidad de dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados, de los que mandan y los que obedecen"⁸².

Al no existir la coerción organizada y la dominación jerarquizada en relaciones de supra-subordinación y de gobernantes-gobernados, el orden democrático ha

⁸¹ KELSEN, Hans: *Esencia y Valor de la Democracia*. Barcelona, Guadarrama-Labor, 1977, p. 30.

⁸² Citado por Ramón Cotarelo en: *ob. cit.*, p. 28

de recurrir a los procedimientos que se caracterizan por excluir el uso de la fuerza. Como ya aclaramos, no es nuestra obligación detallar aquí la ingeniería política e institucional que haría posible y viable un orden de esa naturaleza. Nos limitaremos a mencionar algunos aportes interesantes que vienen haciendo, en los últimos años, académicos inspirados en la teoría de la acción comunicativa de Habermas y en su aplicación a la teoría de la democracia. Para estos autores, la democracia refiere a un proceso institucionalizado de comunicación en una sociedad, a través del cual los miembros deliberan públicamente y llegan a decisiones colectivas vinculantes⁸³. La teoría comunicacional de la democracia de Habermas y sus seguidores supone una concepción de la esfera pública a modo de un espacio permanentemente en expansión para el aprendizaje social, la crítica y la autonomía. La esencia de esta teoría es la identificación radical de la democracia con la participación, a la que se erige en criterio fundamental de legitimidad. La democracia así entendida, **participativa, dialógica y comunicativa**, constituye un hito decisivo en la evolución social y una de las condiciones necesarias para la emancipación humana.

Para Mansbridge, quien parte de un cuestionamiento a la teoría económica de la democracia por centrarse únicamente en la búsqueda de una solución óptima o regla standard para la jerarquización de los valores sociales, el reto democrático es el hacer participar en el logro de acuerdos a todos los que sean afectados en la toma de decisiones. En la interacción democrática los participantes cambian y acomodan sus creencias y deseos, forman su voluntad, revisan la validez de las normas en un proceso libre y abierto de toma de decisiones, en el que es posible para todos los participantes convencerse unos a otros y corregir la validez de sus juicios⁸⁴.

Por su parte, John Dryzek⁸⁵, reconoce que, ciertamente, hay limitaciones en la práctica de esta democracia discursiva, puesto que los participantes son actores reales, con intereses creados a veces contrapuestos, y no sólo participantes

⁸³ BOHMAN, James: "Communication, Ideology, and Democratic Theory", *American Political Science Review*, Vol. 84, n° 1, 1990, p. 109.

⁸⁴ MANSBRIDGE, Jane: *Beyond Adversary Democracy*, Chicago, Chicago University Press, 1983. En esta obra se refuerzan los planteamientos teóricos y normativos con estudios de casos que revelan las posibilidades de realizar en los hechos un proceso democrático de esta naturaleza.

⁸⁵ DRYZEK, John: "Discursive Designs: Critical Theory and Political Institutions", *American Journal of Political Science*, n° 31, 1987.

racionales y abstractos. Por tanto, ante la eventualidad del fracaso del consenso, es posible en una democracia comunicativa buscar fórmulas alternas de compromiso, y ese ha de ser el propósito de muchas de las instituciones participativas y discursivas. Es decir, el consenso no es la única forma de alcanzar acuerdos democráticos. Como es el caso a menudo en la ciencia - señala Dryzek con gran perspicacia- algunos problemas y propósitos pueden permanecer suspendidos sin tener que darles necesariamente una solución y realización inmediatas. Las instituciones o procedimientos orientados al logro de compromisos, tales como la mediación y la negociación, pueden también ser diseñados discursivamente, superándose el modelo de balance de poder inherente a la democracia pluralista.

Por último, Terence Ball ⁸⁶ cuestiona el intento de la teoría económica de la democracia de ubicar las fallas de la democracia en las decisiones racionales tomadas en contextos competitivos análogos al mercado, pues considera que aquéllas están en la ideologización del discurso político que dificulta la libre comunicación entre los participantes.

Por supuesto que no han faltado las críticas a esta teoría de la democracia. Walzer, por ejemplo, ha afirmado que la teoría de Habermas conduce al dilema que consiste en tener que mantenerse en una discusión tan limitada -debido al consenso existente sobre los temas objeto de debate- que hace el diálogo superfluo, o, si se deja completamente abierta la interacción dialógica a fin de que cada quien pueda plantear lo que desee, los resultados pueden ser no sólo antidemocráticos sino hasta inmorales ⁸⁷. Por su parte, Cotarelo ha llamado la atención sobre el carácter utópico de una comunidad ideal de diálogo fundamentada en la posibilidad de un consenso racional al que se pueda llegar a través de la acción comunicativa -una de las formas distintivas de la acción social propuestas por Habermas-, e igualmente, cuestiona su fuerte acento procedimental que la emparentaría con la concepción democrática de la elección pública” ⁸⁸.

⁸⁶ BALL, Terence: *Transforming Political Discourse*, London, Basil Blackwell, 1988.

⁸⁷ WALZER, Michael: *Interpretation and Social Criticism*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

⁸⁸ COTARELO: *ob. cit.*, pp. 75 y 86.

Sirva este último señalamiento crítico de Cotarelo para fijar nuestra posición sobre el particular. Coincidimos plenamente con la identificación que hace la teoría comunicativa entre participación y democracia, así como con los procedimientos establecidos para practicarla. Pero divergemos en su carácter ciertamente procedimental que se deriva de su excesiva confianza en que la sola racionalidad de los individuos, en un contexto comunicacional adecuado, libre de restricciones e ideologizaciones, es garantía de que los resultados serán compatibles con las exigencias axiológicas a que debe hallarse sujeta la práctica democrática. El logro del consenso o, en su defecto, del compromiso -siguiendo las útiles diferenciaciones introducidas por Dryzek- no eluden el dilema de Walzer. Por eso defendemos la necesidad de la existencia de una dimensión valorativa autónoma, fuera del ámbito de la situación comunicativa y a la cual ésta ha de subordinarse. Aunque, una vez respetada esa instancia iusnaturalista inalienable, y en esto volvemos a coincidir con la teoría comunicacional de Habermas, la participación debe quedar abierta a toda posibilidad creativa y libre de las restricciones procedimentales a que la sujetan las concepciones liberales ⁸⁹.

2. Insuficiencia del Principio de la Mayoría

Dada su importancia en las concepciones democráticas vigentes, vamos a insistir algo más en el principio de la mayoría frente al que mantenemos una posición crítica, especialmente cuando se pretende erigirlo en la variable esencial de la democracia, en su "regla de oro". En nuestra opinión, quienes así proceden transforman lo que es un mero procedimiento de toma de decisiones en lo sustantivo de la democracia, con lo que se colocan en el extremo de las concepciones instrumentales y procedimentales a las que abiertamente nos oponemos ⁹⁰.

⁸⁹ Suscribimos la crítica que hace James Bohman a liberales como Rawls o Ackerman sobre este particular: "The problem is once again, that such proceduralist constraints on consensus (as liberals like Rawls or Ackerman do) would restrict the scope of democracy and decide in advance what the process of public discussion will be and the type of need or desire that may be decided upon. This is the model of liberal democracy that Bruce Ackerman develops as 'constrained conversation'; he admits that the breadth of exclusion it requires is quite obvious" (Bohman, J.: *op. cit.*, p. 98) La obra de Ackerman a la que se refiere Bohman es *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1980.

⁹⁰ Una de las formulaciones más radicales que hemos hallado es esta de Cotarelo: "La concepción procedimental de la democracia, que hemos defendido en este trabajo implica la aceptación de que en el

Comencemos por la conocida paradoja de la mayoría. Popper, en su estudio sobre Platón, nos la expone con gran acierto: "En su crítica de la democracia y en su explicación del surgimiento de la tiranía, Platón presenta implícitamente la siguiente cuestión: ¿qué pasa si la voluntad del pueblo no es gobernarse a sí mismo sino cederle el mando a un tirano? (...) No se trata aquí, en modo alguno, de una posibilidad remota, sino de un hecho repetido infinidad de veces en el curso de la historia; y cada vez que se ha producido, ha colocado en una insostenible situación intelectual a todos aquellos demócratas que adoptan, como base última de su credo político, el principio del gobierno de la mayoría"⁹¹. Este efecto paradójico fue, precisamente, el caballito de batalla del liberalismo durante el tiempo en que se enfrentó a la corriente democrática en su ascenso histórico. El planteamiento clásico de la controversia en torno al principio de la mayoría lo hallamos en la célebre formulación de J.S. Mill -*If all Mankind...*⁹²-, o en Alexis de Tocqueville, quien en el mismo sentido habló del *despotisme de la majorité*⁹³.

Desde entonces, las observaciones relativas a las paradojas de la mayoría perduran hasta nuestro tiempo, en el que han recibido, con la aplicación de los modelos de la microeconomía, nuevas y más rigurosas formulaciones de parte de los teóricos de la elección pública (*public choice*), quienes han dedicado su atención al problema de la agregación de las preferencias individuales en funciones colectivas. Al respecto el teorema de la imposibilidad de Arrow es una de las más conocidas. En forma sencilla, dicho teorema sostendría lo siguiente: dados los individuos A, B, C; las políticas 1, 2, 3 y los siguientes órdenes de preferencias: para A, 1>2>3; para B, 3>1>2; y para C, 2>3>1. Si los tres individuos son racionales, lo que implica que mantendrían consistentemente sus respectivos órdenes de preferencias en las sucesivas votaciones de cada una de las políticas 1, 2 y 3, no es posible entonces decidir ninguna de las tres políticas, pues todas obtendrían la misma votación

sistema democrático nada puede reputarse irreversible, irreformable o intangible como no sea la misma regla democrática de la mayoría. Siendo, pues, la democracia, sobre todo, democracia formal, queda claro que ésta es un fin en sí mismo, pues permite poner en práctica y alcanzar fines concretos distintos (más o menos igualdad material, unas u otras formas de distribución de la riqueza)". Cotarelo: ob cit., pp. 97-88.

⁹¹ Popper, Karl: ob cit., p. 192

⁹² MILL, J. S.: *On Liberty*, London, Oxford University Press, 1969, p. 79.

⁹³ TOCQUEVILLE, Alexis de: *La Democracia en América*, México, FCE, 1957 (segunda reimpresión, 1973), capítulo VII.

mayoritaria de dos a uno ⁹⁴. Es decir, el teorema de Arrow demuestra que si aplicamos sólo la regla de la mayoría como principio democrático esencial, puede entrabarse el proceso de toma de decisiones.

Pero no es en esta posibilidad tan teórica y formal donde, en nuestra opinión, se hallan las principales objeciones al principio de la mayoría, sino en otras mucho más reales. Por ejemplo, en la tendencia que se produce en la práctica política a sustituir la verdadera participación, basada como hemos visto en la comunicación, el diálogo y el aprendizaje que redundan en el mejoramiento individual y colectivo, por el juego de negociaciones y coaliciones dirigidas a obtener una mayoría capaz de ganar decisiones. El proceso de logro de una mayoría se convierte en un fin en sí mismo que desplaza el contenido sustantivo de la participación y desvirtúa los fines a los que ésta ha de hallarse subordinada. Si se tiene una mayoría, ¿para qué discutir, para qué dialogar, para qué intentar persuadir al que no piensa como nosotros? ¿Cuántas veces nos hemos sentido desconcertados al participar en procesos decisionales al constatar que, en realidad, lo que menos interesa es el diálogo abierto y el intercambio de argumentos sobre las cuestiones que han de ser objeto de decisión, siendo en cambio el juego de negociaciones y coaliciones dirigido a alcanzar una mayoría ganadora la principal motivación! Aunado a este efecto de tergiversación de la participación democrática, está la influencia que tiene la búsqueda de la mayoría en la elitización del proceso democrático, pues, como bien lo hace notar Offe Claus, "una noción permanente procedimental, 'liberal' de la democracia, basada en la regla de la mayoría, termina por privilegiar a quienes saben lo que quieren y cómo lograrlo" ⁹⁵. Por otra parte, la aplicación de la mayoría se traduce en una interacción de poder cuya modalidad es suma-cero y que, por ende, culmina en una mayoría victoriosa y una minoría derrotada y perdedora, lo cual deja secuelas poco convenientes para la integración posterior en el esfuerzo colectivo, lo que es especialmente grave en asuntos trascendentes que requieren de la colaboración de todos.

⁹⁴ Para un tratamiento más amplio de este teorema, recomendamos la exégesis que hace Downs (Downs, Anthony: *Teoría Económica de la democracia*, Madrid Aguilar, 1973, Cap. 4) de la nada fácil de abordar aportación originaria de Arrow en su *Social Choice and Individual Values* (New York, John Wiley and Sons 1951), obra que ya constituye un clásico de la literatura sobre la elección pública.

⁹⁵ OFFE, Claus: *Disorganized Capitalism*, Cambridge, MIT Press, 1985, p. 295.

Consideramos que, con todo y lo importante que es el problema de la toma de decisiones, no constituye la esencia de la democracia, lo esencial en ella es - ya fue dicho en el apartado anterior- la participación de todos en los procesos colectivos. La participación así entendida desarrolla la personalidad individual como no lo puede hacer el solo hecho de votar en una decisión, sobre todo si el proceso decisorio se reduce a la aplicación del principio de la mayoría. La participación va más allá, e incluye mucho más que la toma de decisiones. Observando nuestro diagrama de conjuntos en la Figura N° 1 se puede apreciar claramente que la regla de la mayoría no es más que un subconjunto de los procesos de adopción de decisiones, los que a su vez son únicamente un área de la participación política. De donde se desprende que es un error magnificar la regla de la mayoría hasta el punto de identificarla con la esencia de la democracia.



Figura N° 1

Si la participación es la esencia de la democracia, el principio de la mayoría ha de ocupar un lugar subordinado a ella. Igualar democracia con la regla procedimental de decisión por mayoría, coloca a la democracia en un nivel, la voluntad de los individuos, que no logra escapar de la paradoja: se puede decidir por mayoría la negación del propio principio de la mayoría. La participación, por tanto, ha de entenderse de manera amplia, y quedar, en cuanto principio, fuera del alcance de la voluntad de los individuos. La condición de que ha de haber participación para que pueda hablarse de

democracia, es una condición fundamental que se establece *a priori*, y que no puede ser negada por la voluntad de la mayoría, ni siquiera por la voluntad de todos.

Claro está que no negamos en forma absoluta la vigencia de la regla de la mayoría. Pero pensamos que ha de estimársela a modo de recurso necesario y de última instancia. Aplicable cuando los demás procedimientos decisorios suma-variables (en los que todos se sienten ganadores) como el consenso, el compromiso y la negociación, hayan sido agotados sin resultados prácticos y cuando no sea posible posponer para posterior consideración, o dejar en suspenso, la materia objeto de decisión. Porque estamos convencidos de que cuando hay que adoptar decisiones sobre asuntos importantes que requieren del esfuerzo conjunto y entusiasta del colectivo, la regla de la mayoría es un mal procedimiento para decidir y hacer luego que se cumpla cabalmente lo decidido. En todo caso, el criterio general debe ser el que la decisión por mayoría se utilice como complemento de procedimientos de más calidad participativa, y cuando no produzca el efecto perverso de negar y sustituir a la participación política comunicativa, dialógica, enriquecedora del individuo y del colectivo, por una simple lógica de poder.

Además de este criterio general, una forma de moderar los efectos del principio de la mayoría es establecer diferentes tipos de mayoría, dependiendo de la importancia y naturaleza de las decisiones. En ese sentido, C.J. Friedrich ha fijado el criterio de que "En decisiones de tipo fundamental y grave no se puede uno contentar con una escasa mayoría, sino que hay que exigir una mayoría de dos tercios, de tres cuartos o, incluso, la unanimidad. Porque sólo con una mayoría tan cualificada estamos seguros de que se logra una verdadera legitimidad"⁹⁶, al que añade uno más que nos parece especialmente pertinente: en el caso de decisiones irrevocables hay que buscar una mayoría más fuerte que en el caso contrario, pues, obviamente, si el resultado de la decisión produce un efecto irreversible inconveniente que no puede ser subsanado con decisiones posteriores, se ha de ser mucho más precavido al momento de decidir.

⁹⁶ FRIEDRICH, C.J.: *La democracia como forma política y como forma de vida*, Madrid, Tecnos, (segunda edición), 1966, p. 87.

3. De la democracia participativa a la democracia representativa: la negación de la democracia a nombre de la democracia.

Una vez determinada la esencia de la democracia, enfrentamos la tarea de dilucidar si esa esencia se halla en las diversas formas de democracia conocidas a lo largo de la historia. Al hacerlo, nos encontramos con la sorpresa de que sólo está presente en la llamada democracia directa o democracia participativa, siendo, además, muy escasos y excepcionales los ejemplos históricos de este tipo de democracia⁹⁷. La democracia como la conocemos hoy día, y como se ha desarrollado a lo largo del proceso de formación y evolución de los llamados Estados democráticos, no es la democracia directa, sino la democracia representativa. Surge entonces la pregunta ¿mantiene la democracia representativa la variable esencial que hemos establecido para la democracia? Pasemos a responder esta interrogante.

Comencemos descartando de la discusión cierta noción de representación, la que la concibe como un mandato imperativo y sujeta a revocación, según la cual, el representante es un simple instrumento del representado que se limita a transmitir y expresar los deseos y mandatos de éste, carece de voluntad, iniciativa y preferencias propias, y ha de consultar permanentemente al representado para tomar decisiones. Su función es la de servir de agente del representado, de hacerlo presente donde él no está. Este tipo de representación carece de interés a los fines de nuestro análisis ya que, en primer lugar, no es la representación que ha caracterizado a las democracias vigentes, y en segundo término, porque, debido a su carácter netamente físico-instrumental, puede ser sustituida actualmente con los avances tecnológicos en los campos de la comunicación y la informática, con lo que esa clase de democracia representativa se identificaría con la democracia directa. No es entonces con esta representación que vamos a polemizar en la medida que no ofrece incompatibilidad alguna con la democracia participativa o directa.

La representación que sí nos interesa es la llamada **representación absoluta o nacional**, conforme a la cual el representante adquiere total autonomía para

⁹⁷ Aparte de la democracia clásica de los griegos -la Atenas de Pericles, por ejemplo- tendríamos, con vigencia actual, el caso de algunos cantones suizos.

actuar con relación al representado que lo eligió, en virtud de que su deber principal es con el interés general y no con el particular del elector. Siguiendo a Rey, quien denomina "liberal" a este tipo de representación, el gobierno representativo "no debe responder necesariamente a las preferencias o deseos que efectivamente el electorado tiene en cada momento dado, sino a sus intereses 'reales' y racionales que pueden no corresponder con aquellos, ni ser conocidos por los propios electores (...) durante el tiempo para el que ha sido elegido como representante es libre para interpretar en qué consiste el interés del electorado; no es por tanto, un mero agente y no debe estar sometido a mandato imperativo, ni a revocación. Para la concepción liberal de la representación no es una mera necesidad técnica, sino fundamentalmente política; mediante ella se trata de llevar a cabo un proceso de depuración y decantación a fin de que de las voluntades e intereses individuales, particulares y contingentes de los electores pueda surgir una voluntad general, racional y críticamente orientada hacia el interés público ⁹⁸. Stuart Mill discernía ambos tipos de representación con las siguientes interrogantes: "¿Deben estar obligados los individuos de la Cámara a obedecer las instrucciones de sus comitentes? ¿Deben ser órganos de sus sentimientos propios o de los de aquéllos? ¿Ser embajador en un Congreso o su agente profesional?" ⁹⁹. Y a continuación se pronunciaba partidario de la representación absoluta, la que deja total libertad al representante para actuar conforme a su propio criterio, basándose en que el gobierno ha de ser ejercido por los talentos superiores y en que los representantes se deben al interés general antes que al particular de sus representados.

La representación es, por consiguiente, el acto de delegar en otro la facultad de actuar por uno mismo. Dándose así la paradoja de que se renuncia democráticamente, en el momento de real democracia cuando **todos participan** en la elección de sus representantes a través del sufragio universal, a la esencia de la democracia que es la participación. En la democracia representativa la participación queda reducida al acto de elegir al representante; se participa sólo para renunciar a seguir participando. Rousseau, con su característica fuerza expresiva, expuso esta misma idea refiriéndose al caso inglés: "El pueblo inglés piensa que es libre y se engaña; lo es sólo mediante la elección de los

⁹⁸ REY, J.C.: *El futuro de la Democracia en Venezuela*, Caracas, IDEA, 1989, pp. 280 y 290.

⁹⁹ MILL, J.S.: *El Gobierno...*, ob. cit., p. 345.

miembros del Parlamento; tan pronto como éstos son elegidos cae en su condición de esclavo, no es nada. El uso que hace de la libertad en los cortos momentos que la disfruta es tal, que bien merece perderla" ¹⁰⁰.

En la democracia representativa se desvanece la variable esencial de la democracia que es la participación del ciudadano en los asuntos públicos. En rigor, hablar de democracia representativa es una contradicción, pues la representación es la negación de la democracia. Democracia es esencialmente participación, por eso, mientras que la expresión "democracia participativa" es una redundancia, hablar de "democracia representativa" es una incongruencia. De allí que el discurso sobre la democracia representativa esté plagado de elementos inconsistentes. Así por ejemplo, es frecuente entre los autores que tratan el tema de la democracia, diferenciar la democracia directa de la democracia representativa y denominar a aquélla como "democracia pura" ¹⁰¹, en un reconocimiento implícito de que la democracia directa es la real y verdadera democracia, pero dando a entender que se mantiene en la democracia representativa lo que es esencial a la democracia directa sólo que con menos "pureza". Pues el punto, según lo vemos nosotros, no es de mayor o menor pureza, sino de cambio de cualidad de la cosa. Entre democracia directa o pura y democracia representativa hay diferencias sustantivas tales que impiden incluirlas en el mismo género. En la democracia representativa está ausente la variable esencial de la democracia que es la participación del ciudadano que permite su desarrollo individual y el pleno desarrollo del colectivo. Y si es así, no puede ser considerada verdadera democracia ¹⁰².

¿Por qué entonces se denomina democracia a lo que no lo es? ¿Por qué no sincerar el discurso político? Pocos, muy pocos, que sepamos sólo Robert Dahl, se han atrevido a plantear abierta y acertadamente esta cuestión. Dahl lo

¹⁰⁰ ROUSSEAU, J. J.: ob. cit., p. 145.

¹⁰¹ Entre otros, Vld., Stuart Mill (ob. cit., p. 24), Cotarelo (ob. cit., p. 97) y Bobbio (El Futuro de la democracia, México, FCE, 1989, p. 40)

¹⁰² En total oposición a nuestro planteamiento, Bobbio habla de la existencia de un *continuum* entre los diversos tipos de democracia: "entre la democracia representativa pura y la democracia directa no hay, como creen los partidarios de la democracia directa un salto cualitativo, como si entre una y otra hubiera un partaguas en el que una vez que se está del otro lado el paisaje hubiera cambiado totalmente (...) Únicamente se puede exponer el problema del paso de una a otra por medio de un *continuum* en el que es difícil decir dónde termina la primera y dónde comienza la segunda". Bobbio, Norberto: ob. cit., p. 40.

hace y llega incluso a proponer el término **poliarquía**, en lugar de democracia, para designar a los regímenes políticos representativos y pluralistas ¹⁰³. Coincidimos plenamente con él, aunque disintimos de su pesimismo respecto a las posibilidades de la verdadera democracia. Las razones que sustentan nuestra posición no son sólo científicas, de precisión y clarificación conceptual, que ya es importante, sobre todo para quienes ejercemos la politología, sino también porque estamos persuadidos, en contraposición a quienes afirman que la democracia directa es una simple quimera, de que la democracia participativa tiene hoy posibilidades de realización como no las tuvo nunca antes en la historia, debido a los cambios extraordinarios y avances incesantes en el campo de las tecnologías informática y de medios de comunicación, y porque la democracia cada vez más participativa está llamada a cumplir un papel importante en las modificaciones del presente y del futuro inmediato, como consecuencia de la influencia de esas mismas tecnologías en nuestro modo y estilo de vida ¹⁰⁴. Para nosotros la democracia directa no es una figura mitológica de imposible materialización como lo es un centauro o un pegaso. De allí que no estemos dispuestos a aceptar sin más el uso ideológico de la teorización y práctica de la democracia, porque, en la medida en que continuemos admitiendo la tesis de que la democracia es en rigor el gobierno del pueblo, pero que como ello no es posible debemos entonces llamar democracia a lo que constituye su negación, estaremos sumándonos a los que rechazan la democracia directa sin preocuparse demasiado por sustentar su posición. Sorprende la forma en que autores como Bobbio o Sartori se desentienden rápidamente de la democracia directa para defender la tesis de que la democracia es la que se ha dado bajo la forma de un Estado democrático, liberal y representativo; a veces con una agresividad un tanto sospechosa: "quien no se ha dado cuenta -nos dice Bobbio- de que por sistema democrático se entiende hoy, inicialmente, un conjunto de reglas procesales de las que la principal, pero no la única, es la regla de la mayoría, no ha entendido nada y continúa sin entender nada de la democracia" ¹⁰⁵. Y Sartori no se queda atrás: "perfeccionistas", "demagogos",

¹⁰³ DAHL, Robert: *La poliarquía*, Madrid, Guadarrama, 1974, pp. 18-19.

¹⁰⁴ Los Futurólogos coinciden en estas tendencias. Así por ejemplo, Alvin Toffler ha insistido en cómo las novedosísimas tecnologías en informática y comunicación están haciendo obsoletas las grandes organizaciones burocráticas e imponiendo la necesidad de nuevas formas mucho más democráticas y participativas. Vid. Toffler, Alvin: *El Cambio del Poder*, Barcelona Plaza y Janes, 1990, sobre todo los capítulos XX y XXI.

¹⁰⁵ BOBBIO. *El Futuro...* ob. cit., p. 51.

"idealismo nocivo", son algunas de las expresiones empleadas en su cuestionamiento a los defensores de la democracia directa, a quienes, irónicamente, cataloga de enemigos de la democracia¹⁰⁶. Junto a esa agresividad se limitan a repetir algunos de los argumentos tradicionales sobre la imposibilidad de practicar una democracia sin intermediarios en sociedades masificadas, sin detenerse a revisar si esos argumentos continúan siendo pertinentes a la luz de los avances tecnológicos anteriormente mencionados.

No podemos entonces permanecer indiferentes ante el uso ideológico e interesado de la palabra democracia para designar sistemas políticos que progresivamente son menos democráticos, especialmente ahora que el consenso existente amenaza con convertir en verdadero un producto totalmente falsificado. A desarrollar más aún esta tesis dedicaremos nuestros próximos esfuerzos, pero antes vamos a hacer referencia a otra de las inconsistencias del discurso de la democracia representativa que consideramos vale la pena resaltar.

Se trata de dos supuestos asumidos por la teoría de la democracia representativa que se hallan en franca contraposición. Por un lado, el del ciudadano, figura protagonista que se identifica con un individuo racional, capaz de hacer elecciones correctas y de adquirir las virtudes cívicas necesarias para la práctica de una democracia responsable en beneficio del bien común y del suyo propio; y por el otro, el papel pasivo que se le asigna a ese ciudadano al reducir su participación política al acto de elegir a sus representantes. En efecto, un joven dirigente venezolano, activo partidario del fortalecimiento de la sociedad civil y de su mayor democratización, nos ofrece un ejemplo concreto de esta posición inconsistente de la democracia representativa, que nos va a servir, de paso, para efectuar nuestra crítica. Afirmaba en un artículo de prensa refiriéndose a la participación ciudadana: "Esto es muy importante para la consolidación de la democracia: un ciudadano consciente, altamente politizado, que discrimina opciones y que busca la mejor alternativa sin seguir una línea partidista a ciegas. Este comportamiento electoral, que es preciso incentivar..."¹⁰⁷. Las preguntas que se nos ocurren son: ¿resulta razonable esperar que una persona cuya responsabilidad y vocación cívica lo han impulsado a formarse y a dedicar tiempo

¹⁰⁶ SARTORI, Giovanni: *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza Universidad, 1988, Tomo I, Cap. IV.

¹⁰⁷ ZAMBRANO, Angel Enrique: "Gloria Vs. Eduardo", *El Nacional*, 10/11/90 p. A/4.

y recursos al aprendizaje indispensable para adquirir tales cualidades y virtudes, vaya luego a limitarse a utilizarlas únicamente en la elección de un representante para que éste haga lo que él está en capacidad de hacer por sí mismo? ¿No es más adecuado pensar que un ciudadano con esas características sentirá la necesidad de participar más activamente en política, para así poder desarrollar más y mejor su personalidad, en lugar de delegar en otro? Cabe pensar -suponiendo que hemos respondido negativamente la primera y afirmativamente la segunda de estas dos preguntas- que quienes gocen de tales cualidades aspirarán a elegir el único camino que la democracia representativa les ofrece para desplegar su potencialidad que es el de ser representantes. Por el contrario, quienes acepten dejar el compromiso de participar en los asuntos públicos a un representante, serán aquellos que carezcan de esas virtudes del buen ciudadano, es decir, aquellos que no son tan conscientes, que no están politizados, que no discriminan opciones, que siguen ciegamente criterios ajenos, etc. Tal razonamiento nos lleva a concluir entonces: 1) que en una democracia representativa, puesto que necesariamente la mayoría son representados y sólo una minoría representantes, la mayoría carece de las virtudes republicanas y cívicas del buen ciudadano; 2) que los representantes dependerán para su elección y posteriores ratificaciones, de individuos carentes de las condiciones idóneas para tomar decisiones correctas; y 3) que, en consecuencia de lo anterior, la democracia representativa conspira contra el ideal democrático del ciudadano racional y participativo, siendo la institución de la representación la principal causa de que así sea.

Los resultados de investigaciones empíricas confirman abrumadoramente estas conclusiones a las que arribamos por deducción lógica: “Acaso el mejor conocido y, de cierto, el más ponderado descubrimiento que podamos adscribir a las investigaciones en torno a la opinión pública realizadas en nuestros días, sea el de la indiferencia e ignorancia de una mayoría del electorado en las democracias occidentales. Los electores son incapaces de definir los problemas en juego, sobre los que, por demás, abrigan nulo interés; multitud son los que no saben qué cosa es el Mercado Común o incluso las Naciones Unidas; muchos los que no conocen los nombres de quienes los representan (...) En algunos países existe una mayoría que ni siquiera se preocupa de ejercer su atesorado derecho al voto”¹⁰⁸. Ahora bien, el punto crucial es que estas apatía

¹⁰⁸ FINLEY, Moses: *Vieja y ...*, ob. cit. p. 9..

e indiferencia del ciudadano común de las democracias representativas no es un resultado indeseado e imprevisto al estilo de "resultado perverso", sino que, además de un rasgo estructural inherente a la esencia misma de la representación, constituye un efecto **valorado positivamente** por los teóricos de la denominada democracia pluralista que ven en él una contribución a la mayor estabilidad de los sistemas democráticos. Tal cual lo indica Bachrach: "En la nueva teoría el valor fundamental es el equilibrio político. Así la pasividad política de la gran mayoría del pueblo no se toma como un elemento del deficiente funcionamiento de la democracia, sino, por el contrario, como una condición necesaria para permitirle a la élite funcionar en forma creativa"¹⁰⁹. Se consuma de esta manera, tanto descriptiva como prescriptivamente, la muerte de la democracia a nombre de la democracia.

Finalmente, pensamos que estas inconsistencias del discurso democrático-representativo se deben, en primer lugar, a que no se asume explícitamente la evidencia de que la representación no es sólo un obstáculo a la democracia real, sino su negación; en segundo lugar, a que existe una actitud ambigua frente a la democracia directa, pues aunque se la niega, al mismo tiempo se la reconoce, así sea parcialmente, en algunas instituciones básicas, como por ejemplo, en el sufragio universal, ya que éste implica la aceptación del supuesto fundamental de la democracia directa que es la participación de todos en los asuntos políticos, y, en tercer lugar, a que se hace un uso ideológico del término "democracia" y de su enorme fuerza valorativa asociada a la idea de participación de todos, cuando se lo emplea equívocamente para designar una realidad diferente como es la democracia representativa, con el fin de que ésta goce de una legitimidad que no le corresponde a ella sino a la democracia directa. Por eso es que no hay disposición, como ingenuamente lo propuso Dahl, a renunciar a la palabra democracia para denominar sistemas políticos que no son en verdad democráticos sino elitistas, según veremos seguidamente.

4. La elitización de la democracia representativa

El mayor peligro que ofrece la representación para la verdadera democracia es su efecto de elitización de la política. Por definición misma, la representación

¹⁰⁹ BACHRACH, Peter: *Crítica de la Teoría Elitista de la Democracia*. Buenos Aires Amorrortu 1973, p. 62.

supone la división de los ciudadanos de un colectivo en miembros activos y miembros pasivos, con el añadido de que los activos son una minoría y los pasivos la gran mayoría. Los representantes constituyen la minoría activa que participa, mientras que los representados son la mayoría pasiva que entrega su facultad de participar activa y permanentemente a aquella minoría. Hay, así, un inicial efecto estructural de formación de élite en la relación básica de la representación que luego es reforzado por factores adicionales relacionados con la psicología política individual, el comportamiento de las masas, la lucha por el poder, etc.

Este fenómeno de elitización a que conduce la representación, ha sido percibido y reconocido por los más diversos pensadores ubicados en diferentes puntos del espectro ideológico. En el campo marxista recordemos, por ejemplo, la polémica surgida entre Lenin y Trotski. Frente al centralismo democrático de aquél, Trotski alertaba acerca del peligro del "sustituismo", y lanzaba la advertencia que con el tiempo se transformaría en profecía de excepcional resonancia: "Los métodos de Lenin conducen a esto: primero, la organización del partido sustituye al conjunto del partido; después, el Comité Central sustituye a la organización, y finalmente, un sólo dictador sustituye al Comité Central"¹¹⁰. Más a la izquierda del marxismo, el anarquismo cuestionaba conjuntamente a demócratas y marxistas: "La teoría marxista entiende por gobierno popular un gobierno del pueblo por medio de un pequeño número de representantes elegidos por el pueblo. El sufragio universal -el derecho conjunto del pueblo a elegir a los llamados representantes y gobernantes del Estado- es la última palabra de los marxistas, así como de la escuela democrática. Pero esto es una mentira tras la cual se esconde el despotismo de una minoría gobernante, una mentira tanto más peligrosa cuanto que aparece como una manifiesta expresión de la voluntad del pueblo (...) Tan pronto como los trabajadores se convierten en gobernantes o representantes del pueblo, dejarán de ser trabajadores y comenzarán a mirar desde arriba al pueblo trabajador. Quienes duden de esto, saben muy poco sobre la naturaleza humana"¹¹¹. Al otro extremo del espectro ideológico, Buchanan reconoce las diferencias que se producen entre representantes y representados cuando se pasa de la democracia

¹¹⁰ Citado por Miliband en: *Marxismo y Política*, Madrid, Siglo XXI, 1978, p. 159.

¹¹¹ BAKUNIN, Mijail: *Escritos de Filosofía Política*, Madrid, Alianza, 1978 p. 42.

directa a la representativa: "en el simple paso de la democracia de una reunión de los habitantes de una ciudad a la democracia representativa debemos introducir la posible divergencia entre los interesados del representante y los intereses de los propios miembros del grupo"¹¹². Y Wright Mills, a mediados del presente siglo, escandalizó a los círculos democráticos de los Estados Unidos con su planteamiento sobre la existencia de una élite del poder que actuaba por encima de las instancias pluralistas e institucionales del sistema político norteamericano, y era responsable de las grandes decisiones nacionales¹¹³. Y si bien Mills, ante el cuestionamiento de que fue objeto por parte de los académicos pluralistas, no pudo ofrecer pruebas contundentes y definitivas en respaldo de su tesis, pensamos que la evolución sufrida por la democracia representativa estadounidense a lo largo de las últimas décadas, sobre todo en su política exterior, puede ser entendida y explicada mucho mejor con la hipótesis de Mills que sin ella.

Pero sin duda es Michels, en su ya clásico y nunca superado análisis sobre los partidos políticos, quien nos ofrece la más sólida argumentación acerca de la ineludible elitización - "oligarquización" como él la denominó- de la política en las estructuras y procesos democrático-representativos. Por sobre otros grandes críticos de la democracia representativa, como fueron Mosca y Pareto, la tesis desarrollada por Michels tiene la ventaja teórica y metodológica de combinar, con relaciones de mutuo reforzamiento, variables pertenecientes a diversas dimensiones del fenómeno, dando como resultado una descripción-explicación mucho más rica y variada¹¹⁴. En efecto, según Michels, la oligarquización de la democracia representativa en sociedades de masas se debe a la interacción de variables psicológico-individuales (naturaleza humana y ambición de poder), de psicología de las masas (volubilidad, maleabilidad y sed de liderazgo mesiánicos de éstas), organizacionales (división del trabajo, profesionalización, liderazgo técnico, etc.) y de lucha política (competencia

¹¹² BUCHANAN, James: "Política sin romanticismos", en *El análisis económico de lo político*; Madrid Instituto de Estudios Económicos 1984, p. 127.

¹¹³ WRIGHT Mills C.: *La élite del poder*, México, ECE, 1957. Consúltense sobre todo el capítulo 12.

¹¹⁴ La tesis de Pareto se centra prácticamente en la dimensión psicológico-individual y en la naturaleza humana, por su parte, la de Mosca más amplía que la de Pareto al agregar variables históricas y sociales, no llega sin embargo a la riqueza teórica de Michels. Sobre estos dos autores, Vld. Pareto, Vilfredo: *Forma y Equilibrio Sociales*, Madrid, Revista de Occidente, 1967, y Mosca Gaetano: *La clase política*. México, ECE, 1984.

entre oligarquías establecidas y élites emergentes, política de masas, etc). La célebre frase de Michels "quien dice organización, dice oligarquía"¹¹⁵ también viene a significar "quien dice representación dice oligarquía".

Ahora bien, si es cierto que la representación atenta contra la democracia debido a sus efectos y consecuencias elitistas, ¿cómo conciliarla con la democracia sin que altere su esencia? Por lo pronto hay que descartar definitivamente la idea de que la democracia representativa sea la forma **normal y final** de la democracia. No hacerlo significa falsificar el contenido de la palabra democracia haciendo pasar por tal lo que es su negación.

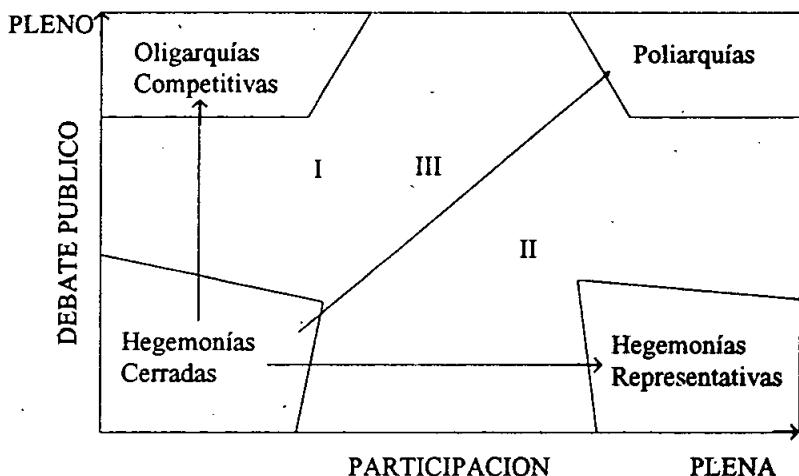
En lugar de ello, la institución representativa debe ser aceptada a modo de un mal necesario que se ha de aplicar mientras no pueda ser sustituida por fórmulas de democracia participativa. Y, en todo caso, se procurará morigerar sus efectos elitistas recurriendo simultáneamente a instituciones de democracia directa tales como el plebiscito, el referendun, la iniciativa popular¹¹⁶ y otras más que pudieran imaginarse con la utilización de los sorprendentes avances tecnológicos que continuamente se nos ofrecen en los campos de la informática y de los medios de comunicación que, a diferencia de las tradicionales mencionadas, promueven y desarrollan la comunicación horizontal inherente a la esencia de la democracia. La democracia representativa, combinada con procedimientos cada vez más participativos, ha de ser considerada en términos dinámicos como un proceso de despliegue de sus componentes participativos y repliegue de los representativos hacia un estado final de democracia directa, al que tal vez nunca se llegue, pero que servirá de norte orientador de una práctica permanente de transformación política. Sólo así entendida puede quedar justificada la representación formando parte de la democracia. Dada la importancia que le asignamos a estas ideas, vamos a abundar un poco más en

¹¹⁵ MICHELS, Robert: *Los partidos políticos*, Buenos Aires, Amorrortu, 1972, Vol. II, p. 189.

¹¹⁶ Sobre estos procedimientos de democracia directa contemplados en las constituciones de las actuales democracias representativas, cabe señalar que la tendencia es a hacer cada vez menor uso de ellos. Como lo afirma Lijphart, quien ofrece evidencia empírica al respecto, "la mayor parte de los instrumentos de democracia directa son muy raros, y casi todas las democracias siguen siendo fuertemente representativas". Lijphart, Arendt: *Las democracias contemporáneas*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 216. Para una posición opuesta a la nuestra, en la que se argumenta sobre la inconveniencia de recurrir a estas prácticas clásicas y constitucionales de democracia directa Cfr. Cronin, Thomas: *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.

ellas valiéndonos del enfoque de política comparada y cambio político que construye Robert Dahl en su estudio de los regímenes poliárquicos.

Si bien es cierto que Dahl es uno de los más connotados teóricos del enfoque pluralista de la democracia y que, portanto, se halla muy lejos de conceptualizarla en términos similares a los aquí expuestos, su propuesta nos permite adaptarla de manera que las democracias representativas, que él prefiere denominar **poliarquías**, puedan ser consideradas como sistemas políticos que van en camino de una progresiva democratización cuyo ideal normativo es la verdadera democracia, la democracia directa de plena participación. Ciertamente, Dahl grafica su tipología en un esquema en el que los regímenes políticos aparecen evolucionando desde los menos participativos y cerrados al debate público hasta las poliarquías. (véase la Figura N° 2)

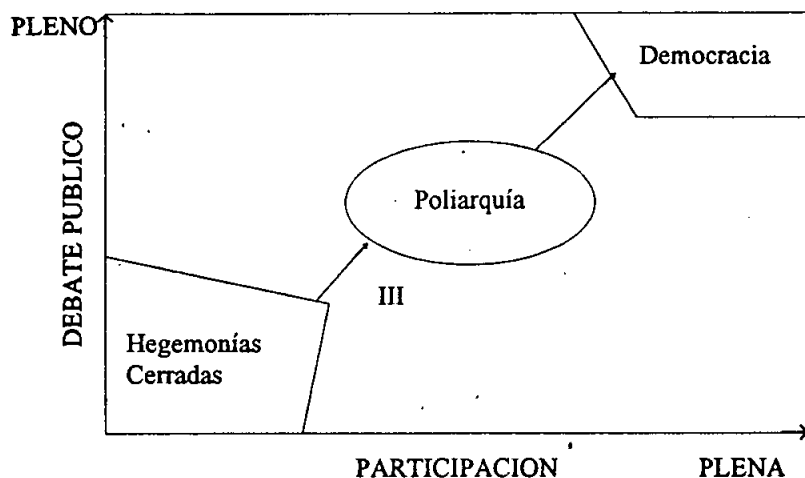


(Fuente: Dahl, Robert: La Poliarquía, ob cit., p. 17)

Figura N° 2

Y respecto a él nos dice: "En este esquema la 'Democracia' se situaría en el ángulo superior derecho. Pero como quiera que la democracia comprende más dimensiones que las expresadas en la figura y que, a mi entender, no hay en la

realidad ningún régimen, de dimensión considerable, totalmente democratizado, prefiero llamar poliarquías a los sistemas actuales más próximos al ángulo superior derecho. Puede decirse que toda modificación de un régimen que conduzca hacia arriba y hacia la derecha, siguiendo por ejemplo la trayectoria III, representa un grado de democratización. Así, pues, cabría considerar las poliarquías como regímenes relativamente (pero no completamente) democráticos”¹¹⁷. Pues bien, la proposición nuestra es que se puede adoptar este mismo esquema pero colocando las poliarquías en una etapa intermedia de la trayectoria III, que tendría como meta última lo que para Dahl es la democracia ideal, y que representaría los máximos valores posibles de las variables “debate público” y “participación” del sistema de ejes (Ver Figura nº 3). Es decir, ubicar la democracia donde Dahl no se atreve a ponerla.



(Fuente: Dahl, Robert: La Poliarquía, ob cit., p. 17)

Figura Nº 3

Nos parece, incluso, que esto es más consistente con lo afirmado por él en la cita antecedente, donde no quedan debidamente compaginadas la idea de unas

¹¹⁷ DAHL, Robert: La poliarquía, ob. cit. 17.

poliarquías finales con la posibilidad, abierta en sus palabras y en la lógica de su gráfico, de una democratización sin límites hasta una democracia absoluta¹¹⁸.

Surge no obstante la cuestión de cuándo se podría establecer que un determinado sistema político habría avanzado suficientemente por la trayectoria III para dejar de ser poliárquico y empezar a ser ya democrático. Se podría afirmar, siendo radicalmente rigurosos, que nunca se podrá decir de un sistema político que es democrático porque nunca se llegará al punto en que haya plena participación de todos. O, tratando de resolver la cuestión siendo menos rigurosos y más flexibles, se aceptaría denominar democrático a un sistema poliárquico a partir de cierto nivel de participación satisfactorio, aunque imposible de ser fijado a priori con precisión. Para nosotros, sin embargo, el problema no es el de determinar la frontera que separa las poliarquías de las democracias intentando precisar un determinado nivel de participación. Postulamos que el criterio para decidir si un determinado sistema político es o no democrático ha de ser que se halle progresiva y permanentemente avanzando por la ruta que conduce a la democracia directa ideal; que no abandone la actitud de vigilancia constante y de aprovechamiento de las oportunidades que se le presenten, y de búsqueda y creación de otras nuevas, para proseguir por la senda de una sociedad cada vez más participativa; que el proceso de cambio y transformación al que está inevitablemente sometido todo sistema político tenga siempre como patrón de referencia el concepto de democracia directa. Es pues, con este criterio, a la vez dinámico y normativo, que ha de abordarse el asunto de la definición de la democracia en su aplicación a regímenes políticos concretos.

A la luz de las ideas anteriores, podemos evaluar el proceso histórico de evolución de la democracia representativa apreciando que desde sus orígenes hasta nuestros días se ha caracterizado más por una progresiva elitización que por una mayor democratización. Los regímenes que hoy denominamos democráticos en lugar de ser sistemas políticos con más avanzados niveles de participación política, de comunicación dialógica y de debate público a lo largo

¹¹⁸ Tan es así que en su trabajo más reciente, Dahl propone la necesidad de una nueva transformación participativa de la democracia norteamericana, ante los manifiestos indicios antidemocráticos de monopolización de los recursos de poder coercitivo, económico e intelectual, por parte de minorías cada vez más elitistas. Vld. DAHL, Robert: *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press. 1989.

de su evolución en el tiempo, se han transformado en sistemas en que las grandes mayorías se apartaron de la vida política y ésta quedó para el ejercicio de élites cada vez más reducidas y oligopólicas. Vamos seguidamente a contrastar e ilustrar esta tesis de la elitización de la democracia representativa con las diferentes concepciones teóricas que consecutivamente han sido elaboradas durante el desarrollo del proceso democrático desde sus orígenes, en los siglos XVIII y XIX, hasta la actualidad. Con ello estamos asumiendo que dichas teorizaciones de la democracia reflejan en buena medida los cambios habidos en los sistemas políticos reales. Tales teorías o modelos serían los siguientes: la teoría liberal de la democracia, la teoría pluralista, y las teorías corporativa y consociacional. En su análisis nos limitaremos, claro está, a destacar de ellas solamente los aspectos relacionados con la participación política.

4.1. Teoría liberal de la democracia

En el modelo liberal la democracia es, básicamente, democracia representativa. Pero al mismo tiempo la participación es altamente valorada porque, como argumenta Stuart Mill en su cuestionamiento a la posibilidad de un “despotismo benévolo” defendido y justificado por algunos, ¿qué clase de seres humanos pueden formarse en un régimen tal? ¿qué avances pueden lograr en él su pensamiento o sus facultades activas? El hombre que no participa en los asuntos políticos de un país ve agotadas sus capacidades intelectuales y morales, limitados y frustrados sus sentimientos”¹¹⁹. De manera que hay en la teoría democrática liberal una estrecha correlación entre la participación del ciudadano en todos los asuntos públicos y la premisa de que tal participación es condición necesaria para el pleno desarrollo de sus aptitudes humanas.

El ciudadano de la democracia liberal es un individuo racional que elige consciente y responsablemente a sus representados, se informa debidamente sobre las cualidades de los diversos candidatos analizando sus ideas y proposiciones para resolver los problemas del colectivo, y, a partir de esa base objetiva, procede a elegir a los mejores tomando siempre en cuenta el interés general y no sus intereses particulares, ya que el rol del ciudadano identifica al individuo con la *res publica*. De esa forma, el momento electoral es al mismo

¹¹⁹ Citado por Peter Bachrach en *ob. cit.*, pp. 22 y 23.

tiempo oportunidad para la participación enriquecedora de su personalidad política que le hace trascender de su individualidad. "Los primeros teóricos de la democracia liberal, como John Stuart Mill, atribuían un gran valor educativo a la participación electoral. Mediante ella, el ciudadano se convierte en miembro consciente de una comunidad gracias a la discusión política y a la relación con otros ciudadanos"¹²⁰.

Además, su participación no se limita al solo acto electoral, sino que contribuye a las decisiones políticas mediante el examen y control de las actuaciones de sus representantes y formando parte activa de la opinión pública. "Es característico del público burgués del siglo XVIII la búsqueda, no tanto de la participación y posesión del poder, cuanto de su control a través de la opinión pública. Asistimos a un cambio de sentido en el ejercicio del poder. La autoridad política se siente orientada a actuar *racionalmente*. Quien la empuja a ello es la opinión pública, el ejercicio de la discusión o formación de una *voluntad general* de hombres libres y formados acerca de las cuestiones públicas (...) La prensa política será el gran mediador de la opinión pública que ha pasado de la mera colección de noticias a la creación y transmisión de la opinión. Se constituye en medio de la discusión pública, de ahí que crezcan desmesuradamente los periódicos entre las dos revoluciones (1709 - 1948)"¹²¹.

Para un comportamiento así, se requiere de un ciudadano poseedor de virtudes republicanas que sólo se adquieren mediante un esfuerzo de formación y educación permanente. Por tener esta estimación tan alta y exigente de la participación política, los liberales la restringen únicamente a aquellos que han alcanzado las condiciones necesarias para poder ejercerla. Su oposición a la ampliación indiscriminada de la democracia por la vía de la implantación del sufragio universal, se debía justamente a la convicción de que las masas carecían de tales condiciones. "Se limita el sufragio activo y pasivo para impedir que las masas apasionadas e ignorantes (o como dice en su proverbial lucidez y candor **El Federalista**: las masas sin cultura y sin propiedad) hagan

¹²⁰ GONZÁLEZ G., José M.: "Límites y aporías de la democracia representativa de Norberto Bobbio", en González, José y Fernando Quesada (coords.): *Teorías de la Democracia*, Barcelona Anthropos, 1988, p.48.

¹²¹ MARDONES, José María: "La Filosofía Política del Primer Habermas", en González J. y F. Quesada: *ob. cit.*, pp. 68 y 69.

de la política el instrumento de sus intereses privados”¹²². Esta restricción de la participación se consideraba indispensable aunque no definitiva, pues todos tendrían paulatinamente la oportunidad y el derecho de instruirse y adquirir las virtudes del buen ciudadano ¹²³, Tal planteamiento referido al individuo se hacía extensivo a las naciones mismas: como lo sostenía Stuart Mill, el gobierno representativo sólo era viable en aquellos pueblos que hubieran obtenido ciertos niveles de civilización.

Sin embargo, normativamente se pensaba que la democracia se debilitaba en la medida en que mayor fuese el número de individuos incapaces de acceder a la participación política. La apatía y la abstención, la ausencia de preocupación por los asuntos públicos y el solo interés por los aspectos privados de la vida, eran catalogados de síntomas preocupantes del mal funcionamiento de la democracia.

De esta forma, en el modelo liberal la elitización ineludible de la democracia representativa quedaba amortiguada y controlada por una concepción prescriptivamente favorable a la participación, aunque ésta permaneciese restringida relativamente a quiénes y en qué momento podían practicarla.

Un segundo rasgo destacable del modelo liberal es la ausencia de instancias de representación intermedias entre el ciudadano y el Estado, diferentes y adicionales a la instancia de representación nacional constituida por el Parlamento, cuyos integrantes son elegidos directamente por el pueblo mediante el ejercicio del sufragio. La democracia liberal, según Bobbio ¹²⁴, nació de una concepción individualista de la sociedad, postulando un Estado sin cuerpos

¹²² REY: *El Futuro ...*, ob. cit., p. 49.

¹²³ Por supuesto que esta posibilidad igualitaria tenía mucho de ocultación ideológica del hecho real de la discriminación de la mayoría. Pensadores como Tocqueville simplemente no creían en ella, al menos dentro de una democracia representativa: “Es imposible, hágase lo que se haga, elevar las luces del pueblo por encima de cierto nivel. Se hará bien facilitando los accesos a los conocimientos humanos, manejando los métodos de enseñanza y poniendo la ciencia al alcance de todos, pero nunca se conseguirá que los hombres se instruyan y desarrollen su inteligencia sin consagrar a ello bastante tiempo. La mayor o menor facilidad que encuentra el pueblo en vivir sin trabajar forma el límite necesario de sus progresos intelectuales. Ese límite está colocado más lejos en ciertos países, menos lejos en otros, pero para que no existiese, sería necesario que el pueblo no tuviera que ocuparse de las atenciones materiales de la vida, es decir, que no fuera ya el pueblo”. (TOCQUEVILLE, Alexis de: ob. cit., p. 214).

¹²⁴ BOBBIO: *El Futuro ...*, ob. cit., p. 17.

intermedios, una sociedad política en la que entre el pueblo soberano compuesto por muchos individuos (un hombre, un voto) y sus representantes no hubiese organizaciones representativas de intereses particulares. O, en palabras de García-Pelayo, en la concepción liberal clásica de la representación política "se partía de dos premisas: la unidad o indivisibilidad de la nación y la estructuración individualista de la sociedad: sus únicos componentes reconocidos eran los individuos o, para decirlo con una expresión de la época, la 'universalidad de los ciudadanos'. Concretamente -y hablando en términos generales y tendenciales- la representación tenía, de un lado, carácter individualista y, de otro, carácter total pues, como es sabido, cada diputado representa a la nación entera. Correlativamente a ello, sólo se consideraba como legítimos los intereses particulares de los individuos, accionados por los individuos, y el interés colectivo de la nación personificado por el Estado" ¹²⁵.

4.2. El Modelo Pluralista de la Democracia

Comencemos por lo que es sin duda la mayor claudicación del modelo pluralista con relación a la esencia de la democracia, y sobre lo cual no se enfatiza lo suficiente en las caracterizaciones corrientes que se hacen del mismo: la renuncia a considerar la participación del individuo en la política como valor democrático fundamental al servicio axiológico inalienable del desarrollo personal y colectivo. Claudicación que conlleva, además, -alcanzándose así la extrema negación de la verdadera democracia- la valoración de lo contrapuesto a la participación: la pasividad y apatía del "ciudadano" respecto a los intereses públicos y colectivos.

Esta metamorfosis de la teoría democrática se produce a raíz de la constatación de que el ciudadano común de los sistemas políticos considerados democráticos, se comporta de manera contraria a lo prescrito por el modelo clásico, sumado a una contra-valoración de este hallazgo que conduce, paradójicamente, a redefinir conceptualmente la democracia en términos opuestos a los previstos en dicho modelo, en lugar de proceder a negar el supuesto carácter democrático atribuido a aquellos sistemas, que es lo que lógicamente se debía hacer. Como

¹²⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1977, pp. 68 y 69.

bien lo señala Bachrach en su excelente ensayo crítico del esquema pluralista de la democracia: "En uno de los estudios generales comparativamente más antiguos sobre el comportamiento electoral, un equipo de sociólogos de la Universidad de Columbia, conducidos por Bernard Berelson, hallaron que, contrariamente a los supuestos básicos de la teoría democrática clásica, un gran número de personas carecen de motivación, interés y conocimiento vinculados con las actividades y problemas políticos. Según la tradición de la teoría democrática de tiempo atrás, se hubiera inferido de ello que el sistema no funcionaba como correspondía, o bien que, en caso de funcionar bien, no se trataba de un sistema democrático de acuerdo a los criterios de dicha teoría. Sin amilanarse por estos hallazgos, los autores se dispusieron a demostrar, en el capítulo final de la obra, no sólo que las características políticas del electorado no constituyan una amenaza para el sistema democrático, sino que en verdad eran fundamentales para éste, la falla según ellos, no estaba en las deficiencias de los votantes sino en la teoría clásica"¹²⁶.

Es decir, se reacciona mutando el contenido del concepto de democracia por lo que es su negación propiamente dicha. Algo así como si -permítasenos el símil- ante la desconcertante apariencia del ornitorrinco, a un biólogo se le ocurriera, a fin de poder identificarlo como ave -a cuya categoría algunos de sus rasgos tientan remitir-, modificar el concepto de ave incorporando a éste rasgos de mamífero, en vez de aceptar que, sencillamente, si reparamos en los caracteres esenciales del concepto de mamífero, el ornitorrinco es mamífero y no ave. En otras palabras, no cuestionamos el derecho a valorar la apatía y la abstención políticas del ciudadano, pero lo que nos resulta inaceptable es pretender que esa valoración es consistente con los valores democráticos, y más aún, proponer que aquellas actitudes pasivas forman parte del comportamiento normal de la democracia.

Tal cual se puede constatar, en este aspecto tan decisivo, el tránsito del modelo liberal al pluralista es muy notable y cualitativo, pues se pasa de una valoración positiva de la variable esencial de la democracia a su contravaloración. El proceso que de algún modo inició el liberalismo restringiendo la participación, aunque manteniendo la promesa de su posterior ampliación, lo continúa ahora

¹²⁶ BACHRACH: *Crítica...*, ob. cit., pp. 62-63.

el pluralismo negando la participación y justificando el incumplimiento de la promesa liberal aduciendo su inconveniencia e inviabilidad.

Por otra parte, al desvalorar la participación individual se produce la ruptura de la articulación armónica lograda en el modelo democrático clásico entre el interés particular y el interés colectivo. Recordemos que el pleno desarrollo de la personalidad individual se lograba si -y sólo si- el individuo trascendía su condición de particular, al participar como ciudadano en la determinación de su dimensión social, incorporándose a los procesos públicos de decisiones políticas. Solamente con esta participación el individuo accedía a la percepción de la totalidad y de los intereses generales. Simultáneamente, el mejor desarrollo del colectivo se alcanzaba con el máximo posible de aportaciones de sus miembros individuales. Pues bien, en el esquema pluralista de la democracia representativa se escinde esta articulación entre el individuo y el colectivo. El ciudadano ve disminuida su condición de tal al permanecer inmerso en el mundo de los intereses privados y particulares. Su pasividad lo condena a no poder trascenderse en la experiencia colectiva. Así, lo público se le presenta como una realidad externa que le es ajena y no comprende, y frente a la cual sólo le cabe esperar los resultados provenientes de la actuación de las élites y organizaciones profesionales que oligopolizan la acción política ¹²⁷.

Lo que se deriva de una valoración de la pasividad de los ciudadanos no puede ser una teoría democrática sino una teoría elitista, y eso es precisamente la teoría pluralista de la democracia. Un elitismo, por supuesto, con sus rasgos propios que lo diferencian de las teorías elitistas de la primera mitad del siglo XX que postulaban la existencia de una élite homogénea y coherente poseedora del poder en forma discrecional, que lo ejerce con el uso combinado de la coerción y manipulación de las masas, y sin necesidad de tomar en cuenta la voluntad de los gobernados. En contraste, el elitismo democrático supone la presencia de un sistema de múltiples élites en situación de competencia, cuyos recursos de poder no son intercambiables ni acumulables debido a su naturaleza

¹²⁷ Este cambio de actitud podría ser enfocado con lo que en su momento Almond y Verba, en sus estudios de política comparada denominaron "cultura de participante" y "cultura de súbdito". La primera se correspondería con la democracia. La segunda con el elitismo. Vid., Almond, G. y Verba S.: *The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Nations*, Princeton, Princeton University Press, 1963.

heterogénea, que ejercen el poder conforme a reglas de juego -fijadas en un contexto jurídico-institucional liberal- que las hacen responsables ante el electorado a través de su sometimiento a procesos electorales periódicos¹²⁸. Pero comparte con el elitismo clásico el prejuicio presente en todas las teorías elitistas -conservadoras, tecnocráticas, liberales, revolucionarias, etc.- de que la mayoría de los individuos son intrínsecamente incapaces para determinar por sí mismos qué es lo más conveniente a la marcha de la sociedad, y, en contrapartida, la inevitabilidad de la presencia de élites creativas y dominantes. Lo que es suficiente, en nuestra opinión, para descartar la teoría pluralista de la democracia como una teoría democrática y clasificarla, en cambio, entre los diversos tipos de elitismo.

Mientras en la concepción liberal el individuo-ciudadano ocupa el lugar privilegiado del juego político, ahora, en el modelo pluralista, son las élites las que pasan a tener el papel protagonista. Tal desplazamiento es justificado con el argumento del "tamaño y la complejidad de las sociedades industriales modernas, que hacen impracticables el tipo de composición de voluntades individuales en una voluntad colectiva mayoritaria postulada por la teoría democrática-liberal clásica. En su lugar emerge un conjunto de agrupaciones consolidadas, cuyo juego pluralista -tanto a nivel político partidario, como a nivel socioeconómico- se resuelve en compromisos corporativos, controlados por una disciplina interna imperativa, que abole el principio mismo de la libre representación como fue entendido por Burke o Mill"¹²⁹. El esquema liberal instauró la élite representativa como una necesidad técnica, ante la imposibilidad material y física de la participación directa de todos los ciudadanos, pero se cuidó bien de estimular y prever mecanismos de control que permitieran supervisar su actuación. Ahora, el pluralismo consagra la elitización de la democracia como un bien inestimable en la medida en que sólo ella es capaz de garantizar la estabilidad y seguridad del sistema.

La salud y buena marcha del sistema se antepone al desarrollo de la personalidad individual. Lo que para la concepción clásica era una insuficiencia del

¹²⁸ Para un excelente análisis comparativo entre elitismo y pluralismo, recomendamos el trabajo de William Kornhauser: "'Power elite' or 'veto groups'", en Lipset, M y Lowenthal, L. (eds): *Culture and Social Character*, Glencoe, The Free Press, 1961, pp. 252-267.

¹²⁹ ANDERSON, Perry: "La evolución política de Norberto Bobbio", en GONZALEZ, José y QUESADA F.: *Teorías...*, ob. cit., p. 62

individuo se convierte en efecto funcional del sistema democrático. En el liberalismo, el sistema se hallaba al servicio del individuo, en el pluralismo éste es sacrificado en beneficio de aquél. El buen funcionamiento del sistema se torna dependiente de la pasividad de las masas, la cual pasa a ser necesaria tanto para impedir la sobrecarga de los centros de decisión política con demandas excesivas, como para evitar la conjunción funesta entre masas movilizadas disponibles y demagogos dispuestos a servirse de ellas. Las experiencias de acceso directo de las masas a la vida política habidas a lo largo de las primeras década del siglo XX, que desembocaron en los aberrantes totalitarismos fascistas y nacionalsocialista, hicieron tomar conciencia de lo peligroso que puede ser para la estabilidad institucional la activación de las masas. "El amplio apoyo de masas con que contaron los movimientos totalitarios en Europa anterior a la guerra, así como el auge de poderosos partidos comunistas de base obrera en Francia e Italia en la posguerra, del peronismo en la Argentina y del macarthismo en Estados Unidos, han socavado violentamente la confianza de los liberales en la causa de la democracia. En consecuencia, el poder creciente de las élites establecidas en los países democráticos no encontró total oposición"¹³⁰.

La desmovilización y desactivación de las masas así, como su puesta fuera del alcance de líderes audaces, se logra estableciendo múltiples representaciones y organizaciones intermedias entre el ciudadano común y los centro de decisión política, adicionales a los existentes en el modelo democrático-liberal: la representación nacional y el Parlamento. Entre las funciones que diversos autores pluralistas han atribuido a estas organizaciones intermedias, se hallan explícitamente aquellas que aíslan a los líderes del control y de la presión directa de las masas (*"insulating them for direct dependence on mass public opinion and mass movements, thus enabling them to take socially necessary but unpopular actions without fear of riots or other uprisings"*),¹³¹ y las que previenen de su dominación por parte de un grupo o individuo (*"preventing any single individual or small group from dominating the entire society"*).¹³² De esa forma, el sistema queda al abrigo de la irracionalidad y

¹³⁰ BACHRACH. Crítica de la ..., ob. cit., p. 29.

¹³¹ OLSEN, Marvin: "Social Pluralism as a basis for democracy", en Olsen, Marvin: *Power in Societies* New York Macmillan, 1970, pp. 184 y 185.

¹³² *Idem*. Para una discusión más amplia de este aspecto relativo a las funciones de intermediación que cumplen las organizaciones en el modelo pluralista puede consultarse Kornhauser, William: *Aspectos*

volubilidad de las masas al mismo tiempo que del aventurerismo de los demagogos. La política es practicada, en un contexto de racionalidad controlada y controlable, por élites profesionalizadas en las técnicas de un juego político que se vuelve cada vez más racional, complejo y prudente.

Por último, otro de los componentes del modelo democrático liberal que va a sufrir una completa transformación en su contenido y práctica, aunque manteniendo la misma valoración normativa, es el de la opinión pública. Vimos que la presencia de una activa y vigorosa opinión pública constituía un elemento de control dentro del modelo de la democracia representativa liberal. En el esquema pluralista, en consistencia con la necesidad de una mayor autonomía de actuación por parte de las élites, la capacidad de cogobierno a través de su influencia en la toma de decisiones públicas sufrirá una distorsión hasta el punto de invertir el sentido de esa influencia: ahora son las élites y el gobierno los que conforman esa opinión pública para legitimar la toma de decisiones, valiéndose para ello de las nuevas posibilidades que ofrecen los adelantos tecnológicos en el campo de los medios de comunicación y de persuasión de masas ¹³³.

El registro del fenómeno tiene ya una larga tradición en la literatura politológica. Durante la década de los cincuenta, Wright Mills, en sus análisis de la estructura del poder en la sociedad norteamericana, lo abordaba con las categorías **sociedad de público y sociedad de masas**: "En una sociedad de público la discusión es el medio ascendiente de comunicación y los medios de masas, si existen, simplemente amplían y animan la discusión, ligando a un público, cara a cara, con las discusiones de otros. En una sociedad de masas, el tipo de comunicación dominante son los medios formales y el público se convierte en un simple mercado para esos medios: el 'público' de un programa de radio consiste en todos los que están expuestos a su difusión. Cuando

políticos..., ob. cit.; y también, DAHL, Robert y LINDBLOM: *Politics, Economics, and Welfare*, New York, Harper and Row, 1953. (Hay traducción al castellano: *Política, Economía y Bienestar*, Buenos Aires, Amorrortu, 1963).

¹³³ Una visión actualizada sobre la influencia de los medios de comunicación en el discurso político y en la política democrática puede encontrarse en Hall J., Kathleen: *Elocuence in an electronic age, the transformation of political speechmaking*, New York, Oxford, University Press, 1988; y Abramson, Jeffrey, Arterton, Ch y Orren, Gary: *The Electronic Commonwealth: The Impact of New Media Technologies on Democratic Politics*, New York, Basic Books, 1988.

tratamos de concebir a los Estados Unidos de hoy como una sociedad de público, comprendemos que ha recorrido una considerable distancia por el camino que conduce a la sociedad de masas”¹³⁴. En el presente, será Habermas quien con su concepto de **refeudalización del raciocinio público** elaborará uno de los más sugerentes análisis de la transformación sufrida por la opinión pública. Siguiendo a Mardones, para Habermas, en la época feudal lo público “eran los nobles y la corte. Quien no tenía estatus ni poder quedaba reducido al ámbito de lo *privado*. La nobleza y los reyes representaban, en el sentido de escenificar, su poder, su ser, delante del pueblo. No era una representación *para* el pueblo, sino *ante* el pueblo, que se veía reducido a la función de *aclamar* a los detentadores del poder”¹³⁵. Con la crisis del modelo liberal, generada por la emergencia avasallante del Estado Social de Derecho y su correlativa democracia pluralista, la esfera de la opinión pública entrará en franca decadencia. “Se va pasando de la reflexión personal y la discusión personalizada a la fórmula de la ‘discusión pública en grupo’, donde ya no hay distancia crítica y el ‘raciocinio cede al intercambio de gustos e inclinaciones’. Hace aparición el público-masa de los consumidores de cultura (...) La conclusión que Habermas obtiene es todo un diagnóstico de la situación: la *refeudalización del raciocinio público*. Las consecuencias que se derivan de esta transformación estructural de la esfera pública son extraordinariamente graves: 1) el público es relevado de la mediación entre Estado y sociedad, en su lugar aparecen los *partidos* cuando no son sustituidos por las agencias de prensa estatales, 2) el público es admitido esporádicamente al ámbito del poder (elecciones) y sólo con fines aclamatorios; 3) la publicidad se desarrolla ahora desde *arriba* para proporcionar un aura de buena voluntad; 4) el ‘interés general’ naufraga en medio de los intereses concurrentes de clases y grupos; 5) la publicidad retorna a formas feudales, el Estado se dirige a sus ciudadanos como consumidores; 6) el concepto de Opinión Pública cambia de sentido: pasa a ser equivalente en la sociología empírico-administrativa americana (cfr. Lazarsfeld) a opinión espontánea de las masas, recogida en estudios demoscópicos”¹³⁶. Además de Habermas, otros autores también han trazado analogías entre la democracia pluralista y el feudalismo. En nuestro medio académico, por ejemplo, García-

¹³⁴ WRIGHT MILLS, C.: *Poder, Política y Pueblo*, México, FCE 1973, p. 13.

¹³⁵ MARDONES, José M.: “La Filosofía Política ... ob. cit. p. 68.

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 70-71.

Pelayo ha subrayado las similitudes existentes entre la representación estamental y la representación pluralista en cuanto a "1) el carácter privilegiado de la representación y 2) las organizaciones representadas son las más importantes para la estabilidad y reproducción del sistema"¹³⁷.

4.3. *Teoría neocorporativa de la democracia*

Si bien es cierto que la formulación originaria del neocorporativismo, a cargo del norteamericano Philippe Schmitter¹³⁸, se halla vinculada al análisis de regímenes autoritarios y excluyentes (Schmitter realizó sus investigaciones con países de América Latina, España y Portugal) su evolución posterior ha permitido aplicarlo a sistemas democrático-pluralistas. De allí que, como bien lo indica Juan Carlos Navarro, "varios autores han introducido recientemente una distinción entre lo que sería el corporativismo estatal y el societal, caracterizándose el primero por el tipo de relaciones descritas y típico de sistemas políticos autoritarios o con participación y competencia electoral restringidas, y el segundo, con características corporativas "blandas", propio de sistemas políticos abiertos con competencia electoral amplia"¹³⁹. Precisamente, pensamos que esta adaptabilidad del modelo a regímenes democráticos es, de suyo, indicador de la elitización que éstos vienen padeciendo.

Sobre el particular se plantea también la cuestión de hasta qué punto el neocorporativismo ofrece un modelo de democracia alternativo al pluralista. Algunos autores no reparan en las diferencias y hablan indistintamente de pluralismo y corporatismo, entre ellos Norberto Bobbio y el mismo García-Pelayo. Otros, caso de Göran Therborn, con quien coincidimos al menos en

¹³⁷ GARCÍA-PELAYO: *Las transformaciones...*, ob. cit., p. 125.

¹³⁸ Cfr. SCHMITTER, Philippe: *Still the Century of Corporatism?*, London, Sage, 1979; y SCHMITTER, P. y LECHMBRUCH (comp): *Trends Towards Corporatism Intermediation*, London, Sage, 1979. Con posterioridad a estos primeros trabajos, se ha acumulado una extensa bibliografía sobre el tema. Por su amplia perspectiva comparada recomendamos el trabajo de ZEIGLER, Harmon: *Pluralism, Corporatism and Confucianism; Political Association and Conflict Regulation in the United States, Europe and Taiwan*, Philadelphia Temple University Press 1988. En español puede consultarse, además del de Schmitter ya citado, "Neocorporativismo y Estado", el trabajo de GINER Salvador y PEREZ M: *El Corporatismo en España*, Barcelona Ariel, 1988.

¹³⁹ NAVARRO, Juan Carlos: "Pactos políticos y estilos decisionales: tres teorías frente al Pacto de Punto Fijo y al Pacto Social", *Pollteta* n° 12, 1988, p. 201.

este punto, el corporatismo¹⁴⁰ implica una revisión crítica del modelo democrático pluralista y de sus principales supuestos acerca del orden político, como por ejemplo, el de que a todos los sectores se les ofrece la oportunidad -si se molestan en organizarse- de influir en la toma de decisiones y de participar en una suerte de mercado político competitivo en el que ninguno de los intereses tiene poder de veto, y en el que el gobierno responde a las demandas de todos con imparcialidad. En el mismo sentido, Navarro suscribe esta pretensión de la teoría corporativista de constituir una visión de los regímenes políticos democráticos alternativa a la pluralista: "Frente al modelo pluralista, por lo regular impregnado de una visión optimista que presenta a la política de grupos de interés como un espacio fluido en el que unos grupos aparecen y otros desaparecen y que se encuentran competitivamente en una especie de mercado político cuya arena sería el estado, el neo-corporativismo insiste en el carácter colusivo, reducido y con tendencia a la permanencia de los grupos de interés, mientras presenta al estado en un papel de actor constructor de acuerdos más que de objeto pasivo de las presiones externas"¹⁴¹. También están quienes piensan que el modelo no representa una verdadera ruptura con el pluralista: "en las teorías del neocorporativismo no nos encontramos con verdaderos intentos teóricos y explicativos, sino, todo lo más, con procedimientos heurísticos. Analizar el comportamiento de los entes a los que quepa considerar corporaciones (y ello implica, lógicamente, encontrar criterios tipológicos adecuados) puede ser, en efecto, eficaz para explicar el funcionamiento de las democracias contemporáneas, pero no obliga a elaborar un marco teórico nuevo. De hecho, la existencia de corporaciones supone la multiplicación de vías de formulación de intereses, pero no reduce la importancia de las élites, el pluralismo, los conflictos y la necesidad de atender a ellos con criterios analíticos fructíferos. **En verdad, lo único que hace es poner el acento no tanto en el conflicto en sí como en la búsqueda de soluciones de compromiso, acuerdos, negociaciones y pactos y las vías para llegar a ellos**"¹⁴².

No vamos a distraernos en esta polémica, pues, aún aceptando la última posición como válida, lo que a efectos de nuestra argumentación interesa es el

¹⁴⁰ "Neo-corporativismo", "Corporatismo", "Corporativismo", son términos que aparecen indistintamente en las traducciones de la literatura existente sobre el tema.

¹⁴¹ NAVARRO, Juan C.: "Pactos Políticos...", *ob. cit.*, p. 196.

¹⁴² COTARELO, *ob. cit.*, p. 55. (El resaltado es nuestro)

reconocimiento de que la concepción neocorporativa de la democracia supone un paso más en el proceso de elitización de la democracia representativa, tal cual queda expuesta claramente en el subrayado de la cita: ese "único" que enfatiza el acuerdo por sobre la competencia, es justamente el punto decisivo que deseamos resaltar. Como acertadamente lo apunta Ricardo Combellas: "la tesis neocorporativista (...) insiste en la necesidad de los acuerdos cupulares de las organizaciones representativas, que frene las potencialidades democratizadoras de la sociedad (el acuerdo es entre estas oligarquías enquistadas en las cúpulas, no entre organizaciones democráticas)"¹⁴³. En efecto, los rasgos del modelo neocorporativo que nos ponen en evidencia el proceso de elitización que afecta a la evolución de las democracias pluralistas -ahora oligopólicas- occidentales, son los siguientes:

a) El concepto de **élite** es remplazado por el de **corporación**, y aunque en la literatura sobre el tema no existe claridad sobre su definición, no hay duda de que el concepto de corporación sugiere una realidad política en la que hay mayor coherencia interna y capacidad de acción estratégica o teleológica, que aquella relacionada con el concepto de élite. El neocorporativismo incrementa el papel de las grandes organizaciones en su rol de agentes con potencial de incidir en el proceso político.

b) Se produce en el modelo neocorporativo una evidente reducción del contexto competitivo inherente al modelo de democracia pluralista. Desde que Schmitter definiera el corporativismo como un sistema de intermediación de intereses no competitivo, jerárquicamente ordenado y funcionalmente diferenciado, en el que un número limitado de organizaciones ejercen monopolícamente la representación de su respectiva categoría de intereses, y reciben el reconocimiento y apoyo del Estado a cambio de que ejerzan el debido control sobre la selección de los líderes, así como sobre la articulación de las demandas y apoyos¹⁴⁴, todos los autores han insistido en esa característica. De una situación análoga a la de un mercado competitivo, ínsita al pluralismo, se transita hacia otra con características similares a la de un mercado oligopólico. La imprevisibilidad de los "resultados" de la competencia, y sus ineludibles

¹⁴³ COMBELLAS: *ob. cit.*, p. 56.

¹⁴⁴ SCHMITTER, P.: "Modes of Interest Intermediation and Models of Societal Change in Western Europe", *Comparative Political Studies*, Vol. 10, n° 1, 1977, p. 9.

“efectos perversos”, es sustituida por la previsibilidad inherente a los acuerdos racionales propios de toda situación de oligopolio. Sobre este último aspecto no podemos dejar de registrar su correspondencia con la necesidad funcional de dar respuesta al conjunto de problemas que han sido identificados bajo el rótulo de “crisis de ingobernabilidad” de las democracias pluralistas y de sus respectivos Estados de Bienestar. El neocorporatismo, junto con el neoliberalismo -ambos coinciden en este propósito-, pretenden superar dicha crisis por la vía de proporcionar mayor racionalidad y control al proceso de toma de decisiones y de políticas públicas que el pluralismo había anarquizado y tornado altamente ineficiente ¹⁴⁵.

c) La reducción de la competencia conlleva la exclusión de algunos de los actores presentes anteriormente en el juego pluralista. Esa exclusión significa simplemente, en términos darwinianos, la supervivencia de los más poderosos, mientras que los menos aptos para sobrevivir en un ambiente cada vez más oligopólico, tienden a desaparecer o a ocupar posiciones subordinadas. También es estrecha la relación de este rasgo de exclusión con la necesidad de responder a la crisis de ingobernabilidad. El mercado competitivo del pluralismo funcionó correctamente. Las élites hicieron bien su papel. La desactivación y desmovilización de las masas en el juego democrático pluralista se hizo a cambio de satisfacer sus necesidades. Pero satisfacer necesidades masivas exigió burocratización masiva. Y burocratización masiva en el contexto no controlado de competencia, no podía sino generar los resultados y “perversiones” propios de lo que ha dado en llamarse “ingobernabilidad”.

Pero la estrategia excluyente del neocorporativismo afecta igualmente a las organizaciones tradicionales que realizaron exitosamente la articulación de las demandas durante la etapa del Estado de Bienestar, tales como partidos

¹⁴⁵ La tesis de la ingobernabilidad fue planteada inicialmente a fines de los sesenta y comienzos de los setenta. La bibliografía generada desde entonces al presente, cuando sigue siendo uno de los problemas fundamentales en la agenda del mundo actual, es ya muy extensa. Marcó un hito la obra de Crozier M., Huntington, S. y Watasuki, S: *The Crisis of Democracy: Report to the Trilateral Commission on the Governability of Liberal Democracies*, New York, New York University Press, 1975. Trabajos recientes sobre el tema son: Janicke, Martin: *State Failure. The Impotence of Politics in Industrial Society*, Penn State Press, 1991; y el conjunto de ensayos sobre casos particulares de políticas públicas fracasadas y factores estructurales que las explican, publicado bajo el título *Can the Government Govern?*, editado por John Chubb y Paul Peterson (Washington, Brookings Institution, 1989).

políticos y grupos de presión, las cuales se ven ahora no sólo disminuidas en su poder de influencia, sino también sometidas a un ambiente ideológico de descrédito y pérdida de legitimidad al hacérselas responsables de los efectos de la ingobernabilidad ¹⁴⁶.

En la creación de ese ambiente que ha desembocado en un gran desinterés y escepticismo por todo lo que se identifica con lo político, han jugado un papel importante los logros y avances que en todos los campos a diario nos ofrecen la ciencia y la tecnología. Estas han sido elevadas a la categoría de valores que se autojustifican. Como lo denuncia Habermas, la nueva ideología científico-tecnológica se nos manifiesta como una realidad objetiva no ideológica, más aún: anti-ideológica. "Nos hallamos ante una ideología más peligrosa que cualquiera de las habidas anteriormente. No sólo se presenta encubierta, rasgo de toda ideología, sino que al suplantar la técnica a la esfera político-moral, el sistema o modo de producción sustituye a la dimensión misma político-moral. Asistimos a la represión (...) de la dimensión político-moral. Lo que ofrece no es una ideología más, sino una definición tecnicista de la vida" ¹⁴⁷. La fe ciega en las posibilidades de la ciencia y la tecnología llega a veces al absurdo de querer que ellas nos ofrezcan, por sí mismas, criterios para enfrentar los dilemas éticos y morales, como lo refiere Restier-Melleray con respecto al aborto y la ética de la informática: "*Ce regne est porté son paroxysme lorsque des gouvernements font appel a des commissions d'experts pour définir des positions éthiques comme en Belgique à propos de l'avortement ou en France sur l'éthique de l'informatique*" ¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Así por ejemplo, Luc Rouban, en su análisis de la modernización del Estado francés, se hace eco de esta crisis de la política en las democracias occidentales: "Il semble en effect que le sens du changement social se soit inversé. Le discrédit dans lequel sont tombés les hommes politiques, la critique ouverte de l'activité partisane ou militante indiquent le déplacement des lieux d'organisations des conflits, portant sur le devenir collectif (...) le Welfare se porte bien, mais il n'est plus constructiviste", Rouban, Luc: "Innovation, complexité et crise de l'Etat moderne", *Revue française de science politique*, Vol. 38, n° 3, 1988, pp. 521 y 522.

¹⁴⁷ MARDONES: "La Filosofía Política...", ob. cit., p. 74.

¹⁴⁸ RESTIER-MELLERAY, Christiane: "Experts et expertise scientifique", *Revue française de science politique*, Vol. 40, n° 4, 1990, p. 546. En este trabajo se ofrece una muestra representativa de la también muy extensa bibliografía existente acerca del tema de la influencia de la ciencia y la tecnología en la vida política. Una obra reciente que aporta evidencias importantes a la tesis de la conformación de una nueva élite de expertos en políticas públicas en los Estados Unidos es la de SMITH A., James: *The Idea Brokers Think Tanks and the Rise of the New Policy Elite*, New York, Free Press, 1990.

Al incrementarse el rechazo a la política y la tecnocratización de la misma, se aleja aún más la posibilidad de una mayor democratización por la vía de acrecentar la participación de los ciudadanos. En palabras de Muguerza: "*Tecnocracia y despolitización se complementan y conducen a la pérdida de la participación democrática en las tareas de decisión confiadas cada día más a los expertos o limitada a la periódica elección plebiscitaria de líderes alternativos cuya representatividad parece tener bastante más que ver con su capacidad para representar su propio liderazgo, como si de actores se tratase, que con la representación de sus electores. Como alguna vez se ha dicho, el establecimiento político norteamericano no hizo sino demostrar su realismo al llevar a la presidencia del país a un actor profesional*"¹⁴⁹. Se consolida así una élite tecnocrática experta en los asuntos complejos del Estado y sus políticas públicas que requieren de un exigente aprendizaje de técnicas de administración, organización, manejo de recursos humanos, programación, etc. Complejidad que aleja de la discusión política y pública asuntos de trascendencia para la suerte de la humanidad, porque el tratamiento de los mismo se hace tan intrincado que sólo es accesible a los expertos, llegándose a presentar determinados hechos de orden político-moral como objetivas exigencias científico-técnicas. Ilustrativo sobre el particular nos parece el siguiente episodio: durante el mes de Julio de 1991, la prensa recogía el insólito reconocimiento hecho público por los negociadores políticos de la Unión Soviética y los Estados Unidos, señores Alexander Bessmertnyj y James Baker respectivamente, de que no entendían exactamente lo que estaban negociando sobre el acuerdo de armas estratégicas de largo alcance. Obviamente que se referían a los complicadísimos aspectos técnicos de las negociaciones (la firma del tratado START estuvo precedida de un período de nueve años de trabajo de los negociadores técnicos de ambos países)¹⁵⁰, pues cabe suponer que la dimensión política del problema la tenían muy clara. De igual manera resaltaba el divorcio entre las declaraciones públicas de los mandatarios de ambas superpotencias relativas a un nuevo clima post-Guerra Fría de paz y cordialidad, que hacía generar expectativas de que la amenaza de una destrucción nuclear

¹⁴⁹ MUGUERZA, Javier: "Ética y Comunicación", en González, J. y Quesada, F.: ob. cit., pp. 113 y 114.

¹⁵⁰ Según la información de prensa: "El tratado y los protocolos relacionados con él, que abarcan 600 páginas, está considerado como el más extenso y el más complicado acuerdo de control de armamentos jamás concertado", *El Nacional*, 29/07/91, p. A/6.

masiva era cosa del pasado, y la lectura de los detalles del acuerdo START que reflejaban que apenas se había logrado reducir las armas estratégicas a un número que en nada afectaba la posibilidad de destruir, no una, sino cientos de veces, la vida en la Tierra. Las preguntas que nos sugiere este episodio casi anecdótico no dejan de tener importancia: ¿acaso la complejidad de los tratamientos técnicos de asuntos y propósitos políticos sumamente claros puede volver a éstos completamente ineficaces? ¿Hasta qué punto la política ha perdido el control de la técnica? ¿Los tecnócratas son capaces de traducir en su lenguaje los propósitos de los políticos? ¿Los políticos pueden realmente entenderse con quienes han de dar concreción técnica a sus políticas públicas? Preguntas que dejamos a la reflexión de cada quien, pues no es propósito de este trabajo enfrascarse en las polémicas respuestas que sugieren.

4.4. El Modelo consocional de democracia

Dentro de la misma familia de revisiones de la teoría pluralista y poliárquica de la democracia, a la que pertenece el neocorporativismo, se halla la teoría consocional cuyo autor principal es el holandés-norteamericano Arendt Lijphart¹⁵¹. Como en los casos anteriores, no vamos sino a resaltar los aspectos de este modelo de democracia que se refieren directamente a nuestro hilo argumental sobre la elitización de la democracia representativa.

En la teoría consocional ¹⁵² el papel protagonista de las élites en el proceso político alcanza su máxima expresión, en cuanto que de ellas, y solamente de ellas, depende el éxito del sistema. La integración misma del orden político democrático se halla en función de su acertada actuación. Ello se debe a que el modelo consocional es elaborado por Lijphart para describir la democracia

¹⁵¹ La obra originaria de este autor en la que expone su tesis sobre la democracia consocional es *The Politics of Accommodation: Pluralism and Democracy in the Netherlands*, Berkeley, California University Press, 1968. En español tenemos el ya citado trabajo *Las Democracias Contemporáneas*, aunque en éste el autor remite al lector a su obra anterior *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, New Haven, Yale University Press, 1977.

¹⁵² El término *Consociational* utilizado en un principio por Lijphart, es traducido al español por "consocional" o "consociativo" indistintamente. Nosotros lo empleamos como sinónimos. Años después, el propio Lijphart decide utilizar el término *Consensus* en lugar de *consocional* (Vld., LIJPHART, Arendt: *Las democracias contemporáneas*, ob. cit., p. 15), cambio que nos parecer desafortunado porque el significado de consenso se halla vinculado a la teoría pluralista de manera muy precisa y distinta al que le da Lijphart.

en lo que él denomina sociedades plurales, “aquellas que, por motivos religiosos, ideológicos, lingüísticos, culturales, étnicos o nacionales están profundamente divididas en subsociedades virtualmente separadas, con sus propios partidos políticos, grupos de presión y medios de comunicación”¹⁵³. Ejemplos de este tipo de sociedades serían Suiza, Bélgica, Holanda, Austria, etc. Son sociedades en las que no existe el consenso básico general que presupone la teoría pluralista de la democracia sobre cuestiones fundamentales de la organización política, ni funciona el mecanismo de las **solidaridades cruzadas** que amortigua el potencial conflictivo de las divisiones sociales. Los sistemas sociales segmentados¹⁵⁴ no sólo no son consensuales, en el sentido que a este término otorga la teoría pluralista, sino que, además, en ellos las divisiones políticamente relevantes (los **cleavages**) se acumulan y refuerzan mutuamente constituyendo lo que Lijphart cataloga de verdaderas “subsociedades”.

La explicación de la estabilidad de los regímenes democráticos en sociedades con esas características reside entonces en el papel preponderante que desempeñan las élites de los distintos grupos sociales, en su voluntad para mantener la unidad política global del Estado nacional, y en su habilidad para producir transacciones y acuerdos satisfactorios que involucren a todas las partes en un juego suma variable, así como para instrumentar los mecanismos institucionales adecuados que le garanticen continuidad en el tiempo.

De esta forma, lo que ha dado en llamarse la reducción instrumentalista de la democracia, y su progresiva elitización, culmina en el modelo consociacional el camino que emprendiera Shumpeter en 1942, cuando identificó la democracia con un método político para tomar decisiones en el que los individuos tienen la opción de elegir entre élites en situación de competencia¹⁵⁵.

Con el modelo consociacional la democracia pierde su contenido sustantivo, quedando disminuida a meras reglas de acuerdos y coaliciones entre élites

¹⁵³ LIJPHART: *Las democracias...*, ob. cit., p. 38.

¹⁵⁴ La expresión “sociedades segmentadas” es empleada por muchos de los intérpretes y analistas de Lijphart. Nos parece más apropiada que la empleada por Lijphart, de “sociedades plurales”, pues ésta última tiende a crear confusión con el concepto de pluralismo propio de la teoría democrático-pluralista de la democracia, con la que la teoría consociacional guarda notables diferencias.

¹⁵⁵ SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, Harper and Row, 1962, p. 269. Hay traducción al castellano: *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, Madrid, Aguilar, 1968.

orientadas a obtener la estabilidad e integración del sistema político. La participación de los ciudadanos deja ya de ser, definitivamente, un aspecto a considerar, un valor esencial de la democracia. Sólo así podemos entender la afirmación de Lijphart de que “el abstencionismo constituye un aspecto irrelevante y tangencial del funcionamiento de la democracia”¹⁵⁶, o esta otra según la cual “la democracia directa puede no ser considerada ni típicamente mayoritaria ni típicamente consensual. De hecho, es un elemento extraño tanto en la democracia mayoritaria como en la de consenso a causa de constituir la antítesis de la democracia representativa”¹⁵⁷, con lo que la esencia de la democracia pasa a ser una extraña en su casa, mientras ésta es ocupada por su opuesta: la democracia representativa.

Hasta aquí nuestro periplo analítico del conjunto de teorías sobre la democracia que nos ha permitido sustentar, con suficiente fuerza argumentativa creemos, la tesis de que la instauración de la democracia en el siglo XVIII, bajo la forma de democracia representativa, y su posterior evolución hasta el presente, se ha caracterizado por una progresiva elitización.

En el esquema gráfico de la página siguiente sintetizamos este proceso simplificando y destacando algunos de sus rasgos esenciales. A objeto de presentarlo con mayor rigor comparativo y precisión, nos hemos valido de la clásica analogía del mercado. Así, la **democracia directa o participativa** se correspondería con la imagen de un mercado de competencia perfecta, en el que los individuos-ciudadanos participan en condiciones tales que ninguno de ellos puede adquirir poder suficiente como para alterar el contexto igualitario de competencia e interacción horizontal comunicativa. En segundo término, la **democracia liberal** supone la simultaneidad de un mercado de individuos-ciudadanos no gobernantes y de una élite gobernante representativa de los intereses generales o públicos. En tercer lugar, la **democracia pluralista** va acompañada de la ausencia del individuo en calidad de actor político, quedando su condición de ciudadano disminuida a la de individuo pasivo, mientras que las élites ocupan el papel protagonista en el escenario político, y lo hacen en un contexto de competencia entre ellas. Por último, con las **democracias**

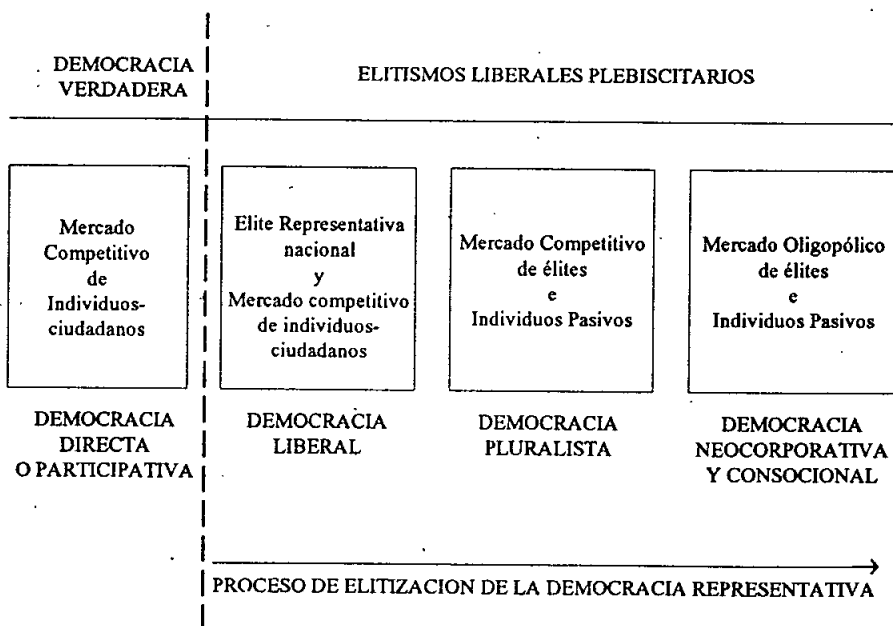
¹⁵⁶ LIJPHART: *Las democracias* ..., ob. cit., p. 21.

¹⁵⁷ *Ibidem*. p. 46.

neocorporativa y consocional, nos hallamos en presencia del mayor grado de elitización, pues se reemplaza la competencia entre las élites por el acuerdo, la concertación y las coaliciones. Es lo que denominamos el tránsito desde un mercado político de élites competitivo a otro oligopólico.

Dos elementos adicionales que aparecen en el esquema ameritan una explicación aparte. Se trata, por un lado, de la separación introducida entre la democracia directa o participativa y los demás tipos de democracia (graficada con la línea de rayas), y, por otro lado, las denominaciones **democracia verdadera y elitismos liberales plebiscitarios**. Con la primera queremos indicar que sólo desde la democracia liberal en adelante hay correspondencia entre las teorías y el proceso histórico continuo de evolución de los sistemas políticos democráticos que se inicia en el siglo XVIII, pues la democracia directa o participativa se mantiene al margen de ese proceso histórico quedando como tipo ideal de definición de democracia cuyos referentes empíricos más próximos habría que ubicarlos en épocas anteriores, como, por ejemplo, en la Grecia clásica.

ELITIZACION DE LA DEMOCRACIA



Por su parte, la distinción entre democracia verdadera y elitismos liberales plebiscitarios tiene una intención metodológica de clarificación conceptual, en el sentido de que sólo la democracia directa, en cuanto contiene la variable esencial inherente al concepto de democracia, ha de ser denominada, con propiedad, democracia. Mientras que, por el contrario, las llamadas democracia liberal, pluralista, neocorporativa y consociacional, manifestaciones todas ellas de la democracia representativa, no han de ser denominadas democracias, por cuanto no sólo carecen de la variable esencial que define a la democracia (participación directa de todos los ciudadanos en los asuntos públicos, axiológicamente orientada al logro del pleno desarrollo individual y colectivo), sino que además, si aplicamos el criterio dinámico establecido en el presente trabajo ¹⁵⁸ de que podría aceptarse la denominación de democracia para sistemas políticos que por lo menos estuviesen en vías de un progresivo acercamiento al tipo ideal democrático, encontramos que se hallan más bien en proceso de alejamiento de dicho tipo debido a la elitización que las caracteriza. En consecuencia, estimamos que es preciso buscarles una denominación más adecuada a la realidad que representan. Al respecto, nos parece que la expresión **elitismo liberal plebiscitario** sería una buena manera de identificarlos: liberal en razón del compromiso axiológico con principios y valores liberales que suscribe la estructura elitista, y plebiscitario en virtud de que las élites son legitimadas por el consentimiento expresado a través de procesos electorales. Sheldon Wolin, en un conjunto de ensayos recientemente publicados, en los que sigue una línea similar a la nuestra en cuanto a la confrontación entre Estado y democracia, muestra también su desacuerdo con denominar democracia a lo que no pasa de ser un "gobierno de élites republicanas con consentimiento democrático"¹⁵⁹, caracterización que compartimos plenamente y que coincide con la de elitismo liberal plebiscitario propuesta por nosotros.

¹⁵⁸ Vid. Supra. p. 135.

¹⁵⁹ Wolin, Sheldon: *The Presence of the Past: Essays on the State and the Constitution*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1989, p. 48.

CAPITULO III

ESTADO VS. DEMOCRACIA

Una vez precisadas las respectivas esencialidades del Estado y de la democracia, vamos a desarrollar la tesis de su mutua incompatibilidad. Por incompatibilidad entenderemos que ambas esencias son lógicamente inarticulables en un todo coherente y, desde un punto de vista político-práctico, imposible de realizar ambas dentro de un mismo fenómeno político.

Comencemos por recordar, resumiéndolas en un cuadro (ver figura n° 4) las variables esenciales que asignamos en nuestro estudio previo a sendas entidades:

VARIABLES ESENCIALES

ESTADO	DEMOCRACIA
Monopolio de la coacción	Participación directa de los ciudadanos
Razón de Estado	Compromiso axiológico

FIGURA N° 4

Para abordar su contrastación de manera más sistemática y detallada, procederemos a analizar comparativamente las diferencias entre estas cuatro variables desdoblándolas en las siguientes dimensiones dicotomizadas en términos contrapuestos: 1) Concepción antropológica y sociológica pesimista vs. concepción antropológica y sociológica optimista; 2) Holismo vs. pluralismo; 3) Verticalidad vs. horizontalidad; 4) Dominación vs. comunicación-influencia; 5) Seguridad vs. incertidumbre; 6) Secreto vs. publicidad; y 7)

Amoralidad vs. compromiso axiológico. Tal vez sea necesario aclarar que con estas dimensiones de las esencialidades del Estado y de la democracia que hemos seleccionado no se abarcan todas las posibles diferencias entre ambas, por lo que la lista podría ampliarse, o reducirse si se considera que, al no ser mutuamente excluyentes, algunas de ellas pudieran subsumirse en otras. Al respecto hemos de decir que nuestro propósito no es **agotar** la contrastación entre Estado y democracia, sí lo es, en cambio, afirmar que con estas diferencias es suficiente para dejar razonablemente sustentada la tesis de la incompatibilidad entre Estado y democracia.

1. Concepción antropológica y sociológica pesimista vs. concepción antropológica y sociológica optimista.

La concepción del Estado relativa a la naturaleza humana es pesimista en cuanto asume que sus rasgos inherentes, tales como el egoísmo, la insaciable ambición de poder, la maldad en general, nunca dejarán de estar presentes. Se puede introducir una distinción entre lo que denominaríamos **pesimismo radical**, conforme al cual el hombre es esencialmente un ser perverso, y su tendencia al mal se manifestara cada vez que tenga oportunidad, ya que "los hombres son ingratos, volubles, disimulados (...) temen menos el ofender al que se hace amar que al que se hace temer, porque el amor no se retiene por el solo vínculo de la gratitud, que en atención a la perversidad humana toda ocasión de interés personal llega a romper; en tanto que el temor del príncipe se mantiene siempre con el del castigo, que nunca abandona a los hombres"¹⁶⁰, y un **pesimismo racional o prudencial**, que sostendría que si bien el hombre es capaz de acciones buenas y solidarias, en tanto que estas no son permanentes, es preciso tratarlo, especialmente cuando está en juego la seguridad del Estado, como si siempre fuera malo. En ambos casos, la consecuencia de ese pesimismo antropológico es la posición de que las tendencias inherentes a la naturaleza humana sólo pueden controlarse mediante la represión coercitiva.

En la concepción democrática hay, por el contrario, un supuesto optimista del ser humano. Dentro de ella también puede diferenciarse un **optimismo radical**, tipo rousseauniano, según el cual la naturaleza humana es esencialmente

¹⁶⁰ MAQUIAVELO: *ob. cit.*, pp. 82 - 83. Resaltado nuestro.

buena y sociable, y un **optimismo prudencial**, que acepta la existencia de condiciones negativas en los individuos junto a las condiciones positivas, pero que, en todo caso, aquéllas pueden ser controladas a través de procedimientos no coercitivos. Partiendo de estos supuestos antropológicos dispares, las esencialidades del Estado y de la democracia derivarán enfoques igualmente divergentes respecto al orden social.

Para la concepción estatista, la sociedad, dejada a su libre albedrío, tiende inevitablemente al desorden y al conflicto, pues ella es ámbito de los intereses privados que cada quien trata de satisfacer en desmedro de los demás. Consecuencia de su visión pesimista de la naturaleza humana, la sociedad es concebida como producto de la necesaria intervención de un ente con poder coercitivo de tal magnitud que sea capaz de reprimir los intereses particulares desbordados, e imponer un orden de convivencia beneficioso para todos. La sociedad nace sólo cuando es posible el sometimiento de las tendencias egoístas y disgregadoras de la naturaleza humana. Es la clásica posición hobbesiana del orden político: la superación del **estado de naturaleza** caracterizado por la real y potencial guerra de todos contra todos, y la construcción de la sociedad, se logran mediante la creación de un organismo artificial dotado de poder soberano (el *Leviatán*). Simple y contundente.

En franco contraste, la democracia supone la posibilidad de constituir un orden social sin la intervención de un ente extraño a ella misma. Se basa en la creencia de que la convivencia humana es posible sin recurrir a la imposición coercitiva. Resultado de la racionalidad y sociabilidad propios de su naturaleza, el hombre es capaz de dominar sus impulsos egoístas en aras de la convivencia pacífica. El hombre puede trascender su individualidad en un orden representativo de los intereses generales, al percatarse racionalmente de que sin la existencia de ese orden no es posible su propia existencia ni la realización de sus intereses particulares. Descartada la coerción como mecanismo de cohesión del orden político, restan para la democracia los otros dos reconocidos por la teoría sociológica del poder: el interés y la creencia en normas y valores sociales ¹⁶¹. A partir de estas soluciones no coactivas al problema del orden, han sido

¹⁶¹ Al respecto Etzioni clasifica el poder en tres tipos según la naturaleza de los recursos de que se valga quien lo ejerce para vencer la resistencia a la obediencia: poder coactivo, poder utilitario y poder persuasivo. Vld. ETZIONI, Amitai: *La sociedad activa*, Madrid, Aguilar, 1980, pp. 402 y ss.

elaboradas diversas teorías que serían compatibles con lo que hemos dicho acerca de la esencialidad de la democracia. Siguiendo la exposición que hacen Dowse y Hughes ¹⁶², podemos caracterizar las teorías del interés sobre el orden como aquellas que explican el orden social en función de los intereses de individuos racionales. Los hombres hacen lo que desean sin necesidad de ser coaccionados por una autoridad centralizada. Distinguen dentro de estas teorías dos variantes: la variante prudencial y la variante de la competencia (preferimos denominarlas **racional cooperativa** y **racional competitiva** respectivamente, pues son expresiones que en el propio significante dicen los rasgos esenciales de sus significados). Por no ser tan “obvias” como la teoría coercitiva del orden, vamos a detallarlas un poco más.

En la versión racional-cooperativa, el orden es consecuencia de un proceso en el que “se fijan reglas que definen los derechos y obligaciones derivados de la conciencia colectiva de la necesidad de un esfuerzo común. Las reglas no hacen sino establecer una división del trabajo. El orden es, pues, consecuencia de que varios individuos se dan cuenta de los beneficios en términos de seguridad o ventajas de uno u otro tipo; en otras palabras, son conscientes racionalmente de los beneficios de la cooperación y, por lo tanto, del orden. No es precisa la coacción; se trata simplemente de que, en su calidad de seres racionales o, en cualquier caso, de individuos con visión clara, los hombres son capaces de prever las ventajas personales que produce un esfuerzo común” ¹⁶³. En esta variante, los individuos alcanzan a percibir que la satisfacción de sus intereses particulares sólo es posible a través de la constitución de un orden que representa los intereses generales, porque, en palabras de Bakunin, el hombre es un animal social, que fuera de la convivencia en sociedad “no podría vivir como ser humano, ni siquiera podría llegar a serlo, ni hablar, ni pensar, desear o actuar de manera racional. Puesto que la sociedad configura y determina su esencia humana, el hombre depende de ella tan plenamente como de la Naturaleza física, y ni el mayor de los genios está exento de su dominación” ¹⁶⁴.

¹⁶² DOWSE, R. y HUGHES, J: *Sociología política*, Madrid Alianza, 1975, pp. 50 y ss; entre los autores de nuestro medio académico recomendamos especialmente el tratamiento que del tema hacen Rey, J.C., en *El Futuro...*, ob. cit. pp. 46 y ss.; y García-Pelayo, Manuel: *Idea de la Política*, Caracas, Instituto de Estudios Políticos UCV, 1968.

¹⁶³ DOWSE, R. y HUGHES, J: ob. cit., p. 51.

¹⁶⁴ BAKUNIN: ob. cit., p. 116.

Citamos a Bakunin para referir, de paso, que es en el anarquismo donde hallamos una total consistencia entre sus concepciones del orden social y de la naturaleza humana, y el rechazo a todo tipo de poder político que suponga la utilización de la fuerza sobre la libertad individual. Para el anarquismo la sociedad posee su propio orden y equilibrio naturales sin necesidad de la creación de gobiernos con poder coactivo, y de allí su absoluto rechazo al Estado que es considerado un mal innecesario. Tesis ésta que en opinión de Woodcock constituye el denominador común a las múltiples manifestaciones del pensamiento anarquista ¹⁶⁵.

En la variante racional-competitiva de las teorías del interés, el elemento primordial es "la consideración del orden como consecuencia involuntaria de la interacción humana, mientras en la variante prudencial el orden es considerado como resultado de una voluntad humana de cooperación. La teoría prudencial del interés hace especial hincapié en la cooperación (...) mientras que la segunda versión tiende especialmente a subrayar el orden como resultado de la competencia. Los hombres aparecen como peor preparados que en la variante prudencial para apreciar los beneficios de la cooperación y los teóricos de la persuasión competitiva se muestran mucho más escépticos sobre los posibles beneficios de tal cooperación. Los hombres persiguen su propio interés sin preocuparse demasiado por los intereses de los demás" ¹⁶⁶.

La corriente filosófico-política que encarna en la historia del pensamiento esta variante racional-competitiva es el utilitarismo-liberalismo. Sin embargo, hemos de precisar que esta concepción del orden no se ajusta de forma adecuada a la tipificación de la esencia de la democracia que hemos efectuado en este trabajo pues, por un lado, la tesis de que el interés general se satisface

¹⁶⁵ "Es la idea general impulsada por Proudhon en 1840 lo que le une con los anarquistas posteriores, con Bakunin y Kropotkin. Y también con determinados pensadores tempranos y posteriores tales como Godwin, Stirner y Tolstoy, quienes desarrollaron sistemas antigubernamentales sin aceptar la palabra anarquía. En este sentido voy yo a considerar el anarquismo, a pesar de sus muchas variantes, como un sistema de pensamiento social que apunta a cambios fundamentales en la estructura de la sociedad y particularmente, pues éste es el común elemento que une a todas sus formas, a la sustitución del Estado autoritario por alguna forma de cooperación no gubernamental entre individuos libres" (WOODCOCK, G.: *El anarquismo*, Barcelona Ariel, 1979, p. 15).

¹⁶⁶ DOWSE, R. y HUGHES, J.: *ob. cit.*, p. 53.

no intencionalmente a partir de la insuficiencia moral y ética de los individuos¹⁶⁷, no se compadece con la idea de ciudadanos capaces de adquirir, a través de la participación política, conciencia ética de la existencia de un interés general con el que es indispensable armonizar el interés individual. Por otro lado, el liberalismo acepta, así sea a modo de un mal necesario, la presencia del Estado como garante último del orden social, lo que, según pensamos, es inconsistente con la idea de un orden inmanente a la sociedad misma. El liberalismo no termina de explicar convincentemente por qué es necesaria la utilización de la fuerza para controlar los “desajustes”, supuestamente circunstanciales y pasajeros, que se producen en ese orden, y mucho menos **por qué el empleo de la coacción ha de adquirir nada menos que la forma de un aparato de poder permanente y monopolístico como es el Estado.**

Otra forma no coactiva de alcanzar el orden social es mediante la aceptación por parte de los individuos de normas y valores socialmente legitimados y establecidos. Conforme a la **teoría del consenso**, el orden y la cohesión sociales se obtienen gracias a la existencia de un entramado normativo y valorativo sustentado en un acuerdo general sobre las orientaciones de valor básicas que determinan los fines sociales, y en un acuerdo también acerca de los medios lícitos para alcanzar lo valioso. Sin embargo, ese acuerdo no es producto de una interacción individual consciente, explícita y racional, tal cual lo conciben las llamadas teorías contractualistas. Es, más bien, un “resultado” social que no puede ser reducido a sola relación interindividual, y que se forma a lo largo de un proceso dinámico de transmisión intergeneracional. Los individuos al nacer se encuentran con ese complejo normativo societal ya existente y establecido, al cual se incorporan mediante un gradual proceso de socialización y aprendizaje.

Es fácil constatar que ninguna de las precedentes teorías, brevemente pergeñadas, ofrece por sí sola respuesta suficiente y satisfactoria al problema de la posibilidad viable de un orden democrático no coactivo. En parte, debido a que no son mutuamente excluyentes sino, por el contrario, complementarias, puesto que cada una lo que hace es enfocar un determinado aspecto de la misma

¹⁶⁷ Esta tesis fue expuesta ya en 1714 por Bernard Mandeville en una obra que lleva el muy ilustrativo título: *The Fable of the Bees: or Private Vices, Public Benefits* (Oxford, Clarendon Press, 1924).

realidad. Así, es perfectamente plausible -y esta es nuestra posición al respecto- *concebir el orden no coactivo como una articulación de actores racionales, que unas veces cooperan conscientemente produciendo resultados esperados, otras compiten dando lugar a resultados no previstos ni buscados intencionalmente, y todo ello en un contexto normativo y valorativo que es consecuencia de la múltiple influencia de acciones racionales conscientes, de "resultados" imprevistos y de la propia autonomía relativa que adquiere la herencia intergeneracional de normas, valores y tradiciones.*

Queda abierta, a pesar de lo dicho, la cuestión de si es posible postular un orden social con total ausencia de coacción. Lo primero que podríamos decir es que la esencialidad de la democracia, en un extremo ideal, excluiría totalmente la aplicación de la fuerza y la violencia como mecanismos de convivencia social y política. Ahora bien, el hecho obvio de que en los sistemas políticos reales existe siempre algún grado de coacción no ha de llevarnos a concluir necesariamente que la democracia no es posible. Al igual que hicimos al tratar el tema de la participación, hemos de enfocar el punto en forma dinámica y diacrónica: si la evolución en el tiempo de un sistema político en particular nos dice que permanentemente se hacen avances para disminuir y erradicar las formas más extremas de coacción, ello permitiría calificar a ese sistema de democrático. Lo segundo es la posibilidad de controlar las conductas antisociales más recalcitrantes, que se han resistido al diálogo, a la persuasión, al interés y a la imposición normativo-valorativa, mediante formas compulsivas que excluyen el uso radical de la fuerza. Se nos ocurre pensar, por ejemplo, en la figura del ostracismo que practicaba la democracia ateniense; el destierro, temporal o definitivo dependiendo de la gravedad de las faltas, parece razonable en cuanto que ofrece a quien se niega a aceptar un determinado orden de convivencia, la oportunidad de elegir otro que sea de su agrado. Por último, no se olvide que nuestro objeto de contrastación es Estado-democracia, y aún cuando pudiera aceptarse que ciertas disposiciones coactivas no fueran incompatibles con la democracia, resulta evidente que tales disposiciones no podrían nunca adquirir el grado ni la modalidad que alcanzan en el Estado, el cual supone un aparato de coerción con pretensiones monopólicas. Y es esto precisamente lo que nos interesa a los efectos de argumentar la tesis de la incompatibilidad entre Estado y democracia.

2. *Holismo vs. pluralismo*

Buena parte de los contrastes entre las respectivas racionalidades del Estado y de la democracia se deriva de las diferentes perspectivas metodológicas a las que tienden a estar adscritas cada una de ellas. **Mientras el Estado supone un enfoque holista de la realidad, la democracia se adecúa mejor a una visión pluralista.** Como es sabido, el holismo gira en torno a la proposición de que el todo es diferente a la suma de las partes que lo integran, y éstas han de estar jerárquicamente subordinadas a aquél. Aplicada al Estado, quiere decir que constituye una realidad cualitativamente diferente a los individuos y grupos que lo conforman, pues posee “propiedades emergentes”¹⁶⁸, pertenecientes a su nivel de totalidad, que no las tienen las subunidades estatales. También significa que el Estado es valorativamente superior a sus partes integrantes, por lo que éstas han de hallarse subordinadas a él. Como bien lo expone Rey: “el Estado es una totalidad que no sólo representa más que la suma de las partes, sino que tiene prioridad teleológica, causal y jerárquica sobre éstas (...) El holismo sólo reconoce un interés público o bien público, pero no intereses o bienes particulares que puedan prevalecer frente a aquél; no admite la existencia de una pluralidad de objetivos correspondientes a las distintas partes integrantes de la totalidad, a partir de las cuales pudieran surgir conflictos entre éstas y, cuando ello ocurre, lo considera un proceso patológico o aberrante”¹⁶⁹.

La democracia, en cambio, tiende más a una concepción pluralista-individualista de la realidad socio-política. “Frente a la visión *holista* y en completa oposición, está la imagen individualista (o quizá mejor agregativa) para la cual no existe, ni puede existir, un todo distinto o superior a las partes. La realidad última o única son los individuos humanos y, a lo sumo, se admite la agregación de éstos para formar grupos de interés especiales (Bentley 1967). Es más, la totalidad -Estado- no es sino una ficción o un nombre cómodo para hacer referencia a la suma o agregado de todos los individuos y sus interacciones, pero que no tiene una realidad distinta a ellos. No reconoce tampoco la existencia de un bien común o interés público porque nada es bueno para la

¹⁶⁸ Sobre el concepto de “propiedades emergentes” véase: ETZIONI: *ob. cit.*, pp. 54 y ss.

¹⁶⁹ REY, Juan Carlos: *Ensayos de Teoría Política*, Caracas, Ediciones Conjuntas, Ateneo de Caracas y Jurídica Venezolana, 1980, p. 328.

comunidad como totalidad, sino sólo existen bienes o intereses individuales perseguidos por individuos o grupos especiales de individuos”¹⁷⁰.

De esta dicotomía metodológica, se desprenden consecuencias políticas de suma importancia para la posibilidad de conciliar el Estado y la democracia. De ellas, la mayor quizás sea el que cada vez que surja una incompatibilidad entre las necesidades del Estado -por ejemplo, su seguridad- y las de los individuos -por ejemplo, su libertad-, el Estado -el todo- queda justificado para imponer las suyas. También es destacable la tendencia elitista de toda posición holista. En efecto, si el todo es diferente y superior al conjunto de sus partes, sólo quienes se hallen en roles dirigenciales del Estado estarán en condiciones objetivas de percibir los intereses generales del Estado. Los demás, especialmente quienes forman parte de la sociedad civil, sólo pueden captar aspectos sectoriales y particulares del todo. De allí que se justifique el que sea una minoría la que tenga a su cargo la identificación en cada momento y circunstancia de cuáles son los verdaderos intereses nacionales.

3. Verticalidad vs horizontalidad

Recurriendo a la analogía espacial-geométrica que estimamos muy pertinente en este caso, el Estado se halla asociado a la verticalidad mientras la democracia lo está a la horizontalidad. Ciertamente, el Estado es una estructura con diferentes niveles jerarquizados, en tanto que la democracia supone una estructura de un solo nivel en el que no existen relaciones de supra y subordinación. Metodológicamente hablando, Etzioni distingue las **variables interunitarias** de las **variables jerárquicas**, distinción que se corresponde con las anteriormente expuestas: “Llamamos variables interunitarias a las propiedades de las relaciones entre dos o más unidades del mismo nivel: p. ej., dos subunidades o dos unidades, y, variables jerárquicas, a las propiedades de las relaciones entre niveles, como las que se dan entre una unidad y una subunidad o entre una supraunidad y una unidad. La diferencia clave entre ellas es que las variables interunitarias no suponen que los elementos estén dentro unos de otros y, en consecuencia, sus relaciones son externas, como las que se dan entre dos grupos. Al revés ocurre con las variables jerárquicas: las

¹⁷⁰ Ibidem. p. 330

relaciones son internas, ya que una unidad abarca a la otra”¹⁷¹. Según esto, el Estado se caracterizaría por tener estructuras de propiedades y relaciones jerárquicas; como lo ha definido García-Pelayo, el “Estado es una organización racional (...) dotada de estructura vertical o jerárquica, es decir, construida primordialmente bajo relaciones de supra y subordinación”¹⁷². La democracia, en contraposición, por tener estructuras interrutinarias de individuos que interactúan dentro de un mismo nivel.

La verticalidad del Estado se manifiesta palpablemente en el tipo de organización burocrática que lo caracteriza, cuyos rasgos antidemocráticos se acentúan sobretudo en aquellas instituciones encargadas de materializar el uso monopolístico de la violencia. Entre las muchas caracterizaciones que desde Weber se han realizado, la de Kaplan nos ha llamado la atención porque subraya con toda claridad la presencia de dichos rasgos. Según este autor, la burocracia se articula como un sistema preciso e institucionalizado de poder, saber y técnica. Se estructura a través de una jerarquía vertical de mando y de obediencia, para la elaboración y la ejecución de normas, decisiones y actividades. El acceso al cargo, las funciones y las atribuciones, los derechos y las obligaciones, las actividades y las conexiones recíprocas, las fijan jefes y niveles superiores, de arriba hacia abajo, de manera oficial, legalizada e impersonal. El sistema supone y genera la disciplina, el culto a la autoridad y el conformismo de los miembros. Esta estructura y jerarquía de poder en la administración gubernamental se construyen, justifican y funcionan por medio de un saber burocrático, un conjunto de conocimientos, técnicas y procedimientos administrativos, elaborados dentro y a partir de la práctica específica de la función pública. El saber burocrático es monopolizado, atribuido a la competencia exclusiva de oficinas y funcionarios que se encargan de guardarlo celosamente, de tornarlo secreto y de sacralizarlo. La burocracia, tiene pues, una tendencia inherente y fatal a conservar y extender su poder, sus funciones, su ámbito de actividad; a la proliferación, al crecimiento acumulativo y auto-sostenido. Todo confluye hacia el logro por la burocracia de un poder casi ilimitado e incontrolable frente a los súbditos¹⁷³.

¹⁷¹ ETZIONI: ob. cit. p. 55

¹⁷² GARCÍA-PELAYO: *Las Transformaciones...*, ob. cit. p. 21.

¹⁷³ KAPLAN, Marcos: *El Estado en el desarrollo y la integración de América Latina*, Caracas, Monte Avila Editores, 1969, p. 42.

4. Dominación vs. comunicación-influencia

En estrecha conexión con las dicotomías anteriores tenemos esta otra referida a que en el Estado predominan las relaciones de poder y dominación, en tanto que en la democracia lo hacen las relaciones de comunicación e influencia. Lo que a un nivel abstracto hemos denominado holismo y verticalidad, se manifiesta en el nivel empírico en interacciones de dominación y poder. La función esencial del Estado es garantizar la obediencia de los individuos valiéndose de lo que es su medio propio y específico: el monopolio del uso de la fuerza. El Estado, tal como lo entendió certeramente Max Weber, es básicamente un orden de dominación: "El Estado, como todas las asociaciones políticas que históricamente lo han precedido, es una relación de *dominación* de hombres sobre hombres, que se sostiene por medio de la violencia legítima (es decir, de la que es vista como tal). Para subsistir necesita, por tanto, que los dominados *acaten* la autoridad que pretenden tener quienes en ese momento dominan"¹⁷⁴. Y como esa dominación se efectúa por medio de organizaciones burocráticas, la interacción política coercitiva que ella implica se ve reforzada por rasgos contrarios a la democracia tales como la disciplina, la obediencia-sumisión, la ausencia de iniciativa, etc., en general, aquellos que tipifican la **cultura política de súbdito**¹⁷⁵.

En abierto contraste, la democracia se distingue por la comunicación e influencia recíproca entre individuos-ciudadanos. Se puede decir que en la democracia desaparece la relación política entendida weberianamente como dominación de unos hombres sobre otros. Los medios de que se valen los ciudadanos en la interacción comunicativa son el diálogo y la persuasión, mientras que la acción colectiva se logra con el consenso, el compromiso, el acuerdo, la negociación y la decisión por mayoría. Los elementos psicosociales que identifican al ciudadano en la democracia serían la tolerancia, la comprensión, la actitud crítica, etc., esto es, los que se corresponden con una **cultura política de participante**¹⁷⁶.

¹⁷⁴ WEBER: *El Político...*, ob. cit., p. 84.

¹⁷⁵ Nos referimos, obviamente, a las categorías elaboradas por Almond y Verba, *Vld., The Civic...*, ob. cit.

¹⁷⁶ *Idem.*

5. Seguridad vs. incertidumbre

El Estado prioriza la opción de ver garantizada su supervivencia por encima de los demás objetivos, transformándola en un fin absoluto que orienta toda su conducta. Cualquier otra meta es subordinada a ese fin superior. El derecho a la seguridad lo erige el Estado en un "superderecho" que no duda en anteponer a los derechos individuales cada vez que entra en conflicto con éstos. La lógica inherente a la seguridad se torna patológica a medida que la seguridad "tiende por sí misma a lo absoluto. Nunca es lo suficientemente completa, nunca está totalmente satisfecha. Su ideal es una especie de descanso absoluto, de ausencia total de movimiento, de manera que permita el control y una manipulación total de todos los factores (...) Todos aquellos que no pueden demostrar positivamente que son amigos, son enemigos posibles. Aunque no cometan agresiones, pueden hacerlo" ¹⁷⁷. Lógica que se exacerba dada la situación de competencia entre Estados que caracteriza al sistema internacional, pues, al menos como posibilidad, todos, incluso los amigos, pueden tornarse en algún momento enemigos, lo que obliga a estar siempre preparados para lo peor que pueda suceder. De allí el que la paz y la cooperación sean practicados necesariamente con carácter provisional y en un contexto donde predomina la desconfianza en última instancia. La racionalidad instrumental destinada a disponer del máximo de seguridad posible se despliega hasta donde las capacidades humanas y los recursos materiales lo permiten, dando lugar con ello a fenómenos aberrantes como el armamentismo generalizado que practican los Estados.

Y no se piense que la valoración implícita en el calificativo "patológica" es exagerada o improcedente. El Estado soviético, al querer maximizar su seguridad sólo obtuvo la mayor inseguridad posible: su autodestrucción. Mientras cantidades ingentes de recursos humanos y materiales eran invertidos en la construcción de un gigantesco aparato de seguridad, la inseguridad se fue

¹⁷⁷ COMBLIN, Joseph: *El Poder militar en América Latina*, Salamanca, Ediciones Sigueme, 1978, p. 260. Si bien es cierto que este excelente ensayo de Comblin sobre la seguridad se ubica en el contexto de los regímenes autoritarios de Seguridad Nacional latinoamericanos, no ha de olvidarse que, como el propio autor lo señala, tanto los conceptos fundamentales de la doctrina de Seguridad Nacional -seguridad nacional, interés nacional, estrategia nacional, objetivos nacionales, poder nacional, etc. -como el conjunto de su "filosofía", fueron elaborados en un sistema político tan supuestamente democrático como el de los Estados Unidos, y de allí fueron exportados, sin grandes y sustantivas modificaciones, a nuestra América Latina.

implantando en lo más elemental: la capacidad de alimentar y proporcionar un nivel satisfactorio de bienestar a la población. Tampoco se escapa a este comportamiento, al que conduce la obsesión por la búsqueda de la seguridad, un Estado democrático como los Estados Unidos: qué duda puede haber de que gran parte de los problemas económicos actuales de ese país tiene su origen en la avasalladora carrera armamentista que ha desplegado desde la segunda Guerra Mundial.

En oposición a lo anterior, la democracia ha de ser practicada necesariamente en un ambiente de incertidumbre y riesgo. La democracia tiene que asumir la "inseguridad" como supuesto de su existencia. Y ha de hacerlo por la mejor de las razones: la libertad de cada quien a participar en la determinación de su destino. La idea de una sociedad plural, participativa, comunicativa, abierta a las posibilidades inéditas e imprevistas que puede ofrecer la creatividad humana proyectada al futuro, no es compatible con el concepto de seguridad que pone en práctica el Estado. La democracia, en cuanto forma de convivencia ajustada sólo a unos valores y reglas de juego que aspiran a desarrollar las potencialidades individuales y colectivas, no puede pretender anticipar su futuro, su carácter abierto y dinámico la obliga a vivir en incertidumbre constante, en inseguridad permanente. Así lo ha percibido claramente Moses Finley: "Una sociedad auténticamente política, en la cual la discusión y el debate constituyen sus esenciales técnicas es una sociedad plena de riesgos. Resulta inevitable que, de tiempo en tiempo, las controversias se deslicen desde cuestiones tácticas hasta las cuestiones fundamentales, que tal sociedad haya de hacer frente a retos dirigidos no sólo a la política inmediata, de quienes en un momento dado tienen el gobierno, sino también a los principios subyacentes, o sea, un desafío radical. Ello no es sólo inevitable, sino deseable también. También será inevitable que aquellos grupos de intereses que prefieren el *statu quo* repelan ese desafío, entre otros medios con el recurso a las creencias, mitos y valores tradicionales y a la manipulación (e incluso la creación) de los mismos temores"¹⁷⁸. E igualmente, aunque expuestos en un contexto diferente -el de la contraposición de la libertad propia del capitalismo frente a la pretensión de seguridad atribuida al socialismo- son aplicables a la democracia política los conceptos emitidos por Ludwig von Mises: "la

¹⁷⁸ FINLEY: *Vieja y ..*, ob. cit., p. 89.

búsqueda de seguridad a toda costa, como lo pretenden las corrientes socialistas y afines, sin duda obedece a una necesidad del ser humano hondamente sentida; pero al mismo tiempo es contraproducente en la medida en que elimina el principal factor de progreso de las sociedades humanas, que es precisamente el riesgo (...) Desde el punto de vista del individuo, esta situación es condenable; desde el del sistema es encomiable. En el momento en que se implanta la seguridad en las transacciones humanas, se abre paso a la corrupción y al estancamiento” ¹⁷⁹.

6. *Secreto vs. publicidad*

Por si las anteriores contraposiciones no fueren ya de por sí suficientemente ilustradoras de la incompatibilidad y antagonismos existentes entre Estado y democracia, esta otra nos lo muestra con evidencia casi irrefutable.

Ineludiblemente aparejado al objetivo de alcanzar la mayor seguridad posible, está el recurso al secreto. El secreto es consustancial a la esencia del Estado, por eso Bobbio lo vincula con perspicacia a la razón de Estado ¹⁸⁰. En un ambiente internacional en el que, como ya dijimos, los Estados se ven obligados compulsivamente a competir entre sí, y en el que la cooperación, la paz y la mutua confianza se dan subordinados a la hipótesis de un potencial conflicto entre ellos, es obvio que la seguridad depende en gran medida del secreto. El secreto militar, sobre todo en el área de la inteligencia estratégica, y en general el secreto de Estado dentro del cual aquél se inscribe, son componentes fundamentales de la naturaleza y funcionamiento de los Estados, cualquiera sea su forma, y ello nadie lo pone en duda.

Y así como para el Estado es indispensable el secreto, para la democracia lo es la absoluta publicidad y transparencia. La libertad total de acceder a la información sobre los asuntos públicos es condición necesaria para la práctica democrática. Pues, ¿cómo, si no, podrían los ciudadanos opinar, dialogar y decidir acerca de las cuestiones que atañen a su destino individual y colectivo? ¿cómo participar si no se tiene la opción irrestricta de hallarse bien informado

¹⁷⁹ MISES, Ludwig von: *La acción humana*, Madrid, Unión Editorial, S.A., 1986, p. 158.

¹⁸⁰ BOBBIO: *El Futuro...*, ob. cit. p. 23 y 24.

sobre todo lo que lo afecta? En este, al igual que en otros aspectos, la democracia no puede aceptar las excepciones, los términos medios, las razones de seguridad. Si se abre la puerta de la excepción, ¿quién decide lo que ha de permanecer en secreto? Al respecto hemos de referirnos a quienes, en defensa de la democracia, argumentan contra el secreto, pero al mismo tiempo aceptan que éste es necesario para ciertas actividades del Estado, principalmente aquellas que se relacionan con la seguridad ¹⁸¹. Desde esta perspectiva suele alegarse que el secreto sólo se justifica para algunas de estas actividades, dando a entender que, por su carácter limitado, no es incompatible con la democracia. Pensamos que esta es una posición peligrosa para la democracia, ya que la cuestión no es de cantidad sino del tipo de decisiones y actividades sujetas al secreto. Nos preguntamos ¿de qué serviría el que todas menos una -por ponernos en el caso más extremo- de las actividades y decisiones fuesen públicas, si de esa única dependiese la existencia misma de la vida humana como especie sobre la Tierra?

En fin, la publicidad y la transparencia más absolutas son irrenunciables en la práctica de la auténtica democracia; al punto de que a esta correspondencia se le puede aplicar el mismo principio fundamental que Kant aplicó a la justicia: todo aquello que no pueda ser hecho público será ajeno a la democracia.

7. Razón de Estado vs. compromiso axiológico

La última de nuestras contraposiciones -aunque tal vez la más importante- entre Estado y democracia nos remite a la dimensión valorativa del asunto; mientras la democracia posee un estrecho e irrenunciable compromiso axiológico con determinados fines, valores y procedimientos, el Estado en cambio se distingue por una total autonomía en el logro de la autopreservación, la cual deviene en su razón de ser necesaria. Exponiéndolo en términos que parecen irónicos, podríamos afirmar que el Estado es completamente libre y la democracia completamente esclava para realizar cada uno de ellos su respectiva esencialidad.

¹⁸¹ Véase, por ejemplo, la posición de Rey en "problemas de Seguridad en un Estado Democrático", *Seguridad, Defensa y Democracia en Venezuela*, ob. cit., pp. 23 y 24.

En efecto, recordemos que la ley-mandato o principio rector del funcionamiento del Estado es la razón de Estado, y ésta tiene entre sus características básicas la de subordinarlo todo a un solo fin: la conservación del Estado. Este imperativo, del que hablamos extensamente en su momento, supone una completa libertad a la hora de disponer lo medios adecuados que mejor garanticen la consecución de ese fin absolutizado. La absolutización de una sola valoración -la supervivencia del Estado- implica lógicamente la relativización de las demás valoraciones, lo que quiere decir que entidades como las libertades y derechos individuales, la igualdad, la justicia, etc., dejan de ser valoradas *per se* en el momento en que se hacen incompatibles con la seguridad del Estado, para transformarse en meros instrumentos al servicio de ésta.

Por el contrario, la democracia supone un **permanente** acatamiento a las valoraciones que hacen posible su propia existencia. El derecho de cada quien a su autodeterminación y a tener la oportunidad de poder desarrollar su potencialidad, así como las reglas procedimentales que posibilitan el que ese derecho individual sea compatible con el mismo derecho de otros en el marco de una convivencia política, son compromisos axiológicos a los que la democracia no puede renunciar, ni siquiera temporalmente (esta acotación hay que destacarla porque, como se verá, tendrá una significación importante en la parte final de nuestra argumentación, cuando tratemos el Estado democrático y el derecho de excepción). Por su subordinación valorativa, a la democracia no le está permitido utilizar medios incongruentes o contrarios a sus principios con el propósito de garantizar su supervivencia. Para ella no es válido lo que sí es para el Estado: la máxima de que el fin justifica los medios.

Acogiéndonos a los planteamientos de la teoría de sistemas, se puede reconocer que, en verdad, la democracia va asociada a la idea de un sistema complejo, a diferencia del Estado que se correspondería con la de un sistema simple y menos evolucionado. Siendo así, el Estado privilegia los objetivos de seguridad por sobre cualesquiera otros, en tanto que la democracia subordina los objetivos pertenecientes a los niveles primarios de necesidad y seguridad, a los objetivos de mayor nivel tales como la participación ciudadana, los derechos humanos, las libertades individuales, la justicia, etc., ya que "es característica de la mayoría de los sistemas más complejos y evolucionados, la capacidad de renunciar, en caso de conflicto, a los objetivos del nivel inferior en aras de la

realización de los objetivos de nivel superior”¹⁸². Un ejemplo de esto nos lo proporciona la escena internacional, para el momento en que escribimos, en el comportamiento que tuvieron Boris Yeltsin y sus partidarios ante el golpe de Estado intentado por la ortodoxia comunista. El cerco de tanques a la sede del Parlamento Ruso, y la inminencia de un asalto final que hacía temer un desenlace similar al de la Plaza de Tienanmen, no amilanaron al Presidente de la Federación Rusa, quien decidió aceptar el riesgo a su seguridad personal y a la del propio Estado que se hallaba al borde de una guerra civil, en defensa de las conquistas democráticas logradas durante la vigencia de la perestroika y del orden constitucional establecido. En este mismo orden de ideas, el Estado es un sistema que, ante un eventual conflicto entre diferentes objetivos y valores, elige lo que Rey denomina estrategias “reduccionistas” consistentes en “renunciar a los objetivos de nivel superior, independizando y sustantivando a éstos con respecto a aquéllos”¹⁸³.

Hasta aquí nuestra contrastación. Una vez mostrada la incompatibilidad existente entre la esencialidad del Estado y la esencialidad de la democracia, podemos obtener una conclusión importante de este trabajo: *La democracia no podrá desarrollarse en los sistemas políticos concretos, alcanzando niveles cada vez más cercanos al modelo ideal, mientras exista el fenómeno del Estado concebido como un conjunto de estructuras que pretenden para sí la obtención de la obediencia mediante el uso monopolístico de la coerción y de la lógica de la razón de Estado*. En otras palabras, el Estado es un obstáculo en el camino del perfeccionamiento de la democracia. De esta proposición podemos derivar otra no menos trascendente para la práctica de los sistemas políticos reales: cuanto más se acerque un Estado concreto al tipo ideal, menor serán las posibilidades de la democracia para desarrollarse, o, lo que también es cierto, cuanto más se aleje la concreción de un Estado de su esencia ideal, más

¹⁸² REY: *Problemas...*, ob. cit., p. 15. Inspirándose a su vez en el trabajo de Karl Deutsch. Rey elabora la siguiente escala jerarquizada de objetivos: 1) Objetivos de primer nivel: relativos a la satisfacción de necesidades o deseos inmediatos y a corto plazo; 2) Objetivos de segundo nivel: se identifican con las necesidades de autoconservación; 3) Objetivos de tercer nivel: referidos a la conservación del grupo o la especie; y 4) Objetivos de cuarto nivel: relativos a la pervivencia de valores éticos, religiosos, filosóficos etc.

¹⁸³ *Idem*. Aunque hemos dispuesto de este concepto de estrategias “reduccionistas” para aplicarlo a nuestra contrastación entre Estado y democracia debemos aclarar que el tratamiento que hace Rey del tema se halla lejos de respaldar nuestra tesis.

posibilidades se le ofrecen a la democracia para desplegar toda su potencialidad. Esto es, hay una relación inversamente proporcional (aplicamos sólo analógicamente este concepto matemático) entre la perfectibilidad del Estado y la perfectibilidad de la democracia. Repárese en que no decimos que **necesariamente** a menos Estado más democracia, pues ello significaría que basta con la disminución o extinción del Estado para que surja y se consolide la democracia. La democracia necesita seguramente muchas más condiciones que la simple ausencia del Estado, pero ese no es el tema que estamos tratando. Aquí únicamente nos hemos propuesto defender la tesis de que la ausencia del Estado, en los términos que hemos definido su esencialidad, es condición necesaria, aunque no suficiente, para el despliegue progresivo de la democracia.

CAPITULO IV

EL ESTADO DEMOCRATICO: FENOMENO INCONGRUENTE CON EXITO

Si como hemos considerado ya, el Estado y la democracia constituyen entidades incompatibles entre sí, ¿qué explica entonces la existencia de Estados llamados democráticos? Dar respuestas a tal interrogante es el propósito de esta parte final de nuestra argumentación.

Lo primero que debemos recordar es que, históricamente hablando, el movimiento democrático surge y se desarrolla durante el siglo XVIII enfrentándose a un fenómeno político preexistente: el Estado absoluto, precisamente la forma originaria bajo la cual se presenta por vez primera el Estado. Y dado que el absolutismo es una estructura de poder cabalmente consistente con la esencialidad del Estado, tenemos así que, en esa oportunidad histórica de nacimiento de la democracia, la incompatibilidad que hemos establecido entre ella y el Estado se manifestó con toda claridad en una confrontación real. Sin embargo, de esa confrontación no surgió victoriosa ninguna de las dos partes: fue derrotado el absolutismo, pero no el Estado; ganó la democracia, pero bajo una forma y unas condiciones que la condenarían a alejarse progresivamente de la esencia de la verdadera democracia. Nació en cambio el Estado democrático, un híbrido inconsistente porque encierra en un todo dos racionalidades diferentes, incompatibles y contrapuestas. A diferencia

del Estado absoluto que fue homogéneo, consistente y sincrónico, el Estado democrático es una realidad heterogénea, incongruente y discrónica. Heterogénea porque reúne en ella dos componentes completamente diferentes, el Estado por un lado, y la democracia por el otro; incongruente porque esos dos componentes no sólo son diferentes sino también divergentes y antagónicos; y discrónico porque tales componentes no se desarrollaron en el mismo momento y proceso histórico dando lugar a un todo articulado coherentemente, sino que primero surgió el Estado y luego, a partir de esa realidad, se pretendió construir la democracia, en la forma de democracia liberal y representativa ¹⁸⁴.

En la transición del Estado absolutista al Estado democrático, la transformación del Estado no fue total. Si bien es cierto que los movimientos inspirados en el liberalismo y la democracia modificaron el Estado absoluto introduciendo cambios esenciales para esta forma política particular, tales como la división de poderes, las libertades individuales y derechos del ciudadano, el principio de legalidad, la soberanía popular y el sufragio, entre otros, no llegaron sin embargo a modificar lo que es esencial al solo Estado: su pretensión de monopolio del uso de la fuerza y la práctica de la razón de Estado. Es decir, las revoluciones democráticas liberales afectaron la esencia del Estado absoluto, por lo que éste desapareció, pero no así la esencia del Estado, por lo que éste pervivió en el llamado Estado democrático. De esta manera la democracia resurge en la Historia heredando del absolutismo la esencia del Estado que había nacido junto a él, y habría de pagar por ello un precio muy alto: el no poder desarrollar su propia esencialidad, lo que ya tuvimos ocasión de ilustrar con el análisis que efectuamos relativo al proceso de elitización que ha padecido la democracia a lo largo de su evolución histórica.

En consecuencia, el Estado democrático nace y se consolida como un fenómeno incongruente. ¿A qué se debe pues su éxito práctico? del que no podemos dudar, máxime en estos tiempos que vemos derrumbarse por doquier los Estados autoritarios y totalitarios siendo sustituidos por Estados democráticos. El planteamiento que vamos a desarrollar seguidamente a objeto de dar

¹⁸⁴ Para un excelente tratamiento del concepto de discronía consúltese, SORIANO, Graciela: *Hispanoamérica: historia desarrollo discrónico e historia política*, Caracas, Cuadernos del Instituto de Estudios Políticos (n° 29). Universidad Central de Venezuela, 1987

respuesta a esa interrogante es que dicho éxito obedece a la subordinación tolerada por la democracia frente a la esencialidad del Estado. La democracia entiende las necesidades del Estado y las acepta. Entiende que cuando la seguridad se halla amenazada gravemente, ella debe abandonar la escena política para que él pueda tomar las medidas pertinentes. Esto sucede sólo en casos extremos y por tiempo limitado, pero entiende también que aún en tiempos de normalidad, cuando no se perciben graves amenazas, el Estado debe prepararse para cualquier eventualidad y prevenir la ocurrencia de hechos que constituyan peligro de inestabilidad. En tal caso, la democracia no abandona la escena política, pero mira hacia otro lado mientras el Estado hace todo lo que estime conveniente a fin de garantizar eficazmente su seguridad. El éxito del Estado democrático se basa en esta subordinación de la democracia al Estado que implica la presencia conjunta de una moral democrática y de una a-moralidad de razón de Estado, que a veces coexisten sin colidir, y a veces la primera es víctima de la segunda.

1. Excepcionalidad y derecho de excepción

Una prueba contundente de la subordinación de la democracia a la esencialidad del Estado la encontramos en el problema de la excepcionalidad y su correlativo **derecho de excepción**, paradójico e inconsistente componente de todas las constituciones democráticas. El derecho de excepción es el más claro y evidente reconocimiento que hace la democracia de su posición subordinada respecto al Estado: explícito, formal, público, nada menos que jurídico-constitucional. Sin embargo, en vano esfuerzo por ocultar esta verdad, el llamado derecho de excepción expresa en un discurso confuso e inconsistente, lo que desde nuestra perspectiva de Estado vs. democracia puede ser abordado y expuesto con toda claridad y consistencia. Veamos.

En condiciones de normalidad y estabilidad social y política, el Estado no sólo puede, sino que, en pro de una mayor eficacia y racionalidad en su funcionamiento, debe actuar conforme a derecho. Y en aras de obtener mayor legitimidad ha de respetar la institucionalidad liberal y democrática, haciendo al mismo tiempo las concesiones indispensables a las actividades de seguridad del Estado propias de los tiempos de normalidad, en un contexto de doble moral al cual nos referimos anteriormente.

En situaciones anormales y de emergencia, por el contrario, el Estado no puede regirse por el derecho establecido, ya que éste supone ajustar su comportamiento y actuación a normas generales creadas para ser aplicadas a situaciones conocidas y reiteradas. Cuando las circunstancias extraordinarias amenazan al Estado, se requiere de total libertad para hacer frente a lo incierto e impredecible mediante la adopción de medidas que son también extraordinarias. El derecho deja paso entonces a la arbitrariedad. Carece de sentido, y de realismo, pretender como sucede con el derecho de excepción, ponerle límites jurídicos a lo que por naturaleza ha de ser discrecional. Derecho de lo excepcional e imprevisible no pasa de ser un contrasentido. Si se acepta la supervivencia del Estado en calidad de condición necesaria y anterior a la misma constitucionalidad -en esto coinciden los tratadistas y defensores del Estado democrático-, no se puede consistentemente aspirar luego a ponerle límites al comportamiento del Estado en situaciones anormales, pues éstas, por su naturaleza incierta, pueden llegar a tornarse de tal manera graves que exijan del Estado **cualquier tipo de comportamiento**, aún el que más contrarie los derechos y libertades democráticas.

La excepcionalidad o emergencia, por tanto, no es sino un caso particular del funcionamiento propio del Estado. Más aún, es en la excepcionalidad cuando podemos apreciar con meridiana transparencia la puesta en práctica y en operación del componente esencial del Estado: la pretensión monopólica del uso de la violencia guiada por la razón de Estado. En la emergencia el Estado se libera de compromisos legales y axiológicos que él mismo convino en respetar hasta donde las circunstancias lo permitiesen. En ese momento, el Estado se endosa la discrecionalidad y arbitrariedad necesarias para enfrentar exitosamente los acontecimientos y situaciones anormales que amenazan su seguridad. En la situación excepcional se absolutiza la supervivencia del Estado y todo lo demás queda subordinado a ella, característica ésta inherente a la esencia de la razón de Estado tal cual pudimos precisar en su momento.

Desde el lado de la democracia, es completamente incongruente con su esencialidad admitir la excepción en los términos que acabamos de presentar. No es más que un absurdo la interpretación de que la democracia acepte su negación para poder seguir existiendo, así esa negación sea sólo temporal y parcial como lo propone el derecho de excepción. A la democracia, en cuanto

tiene un compromiso axiológico irrenunciable, no le está permitido recurrir a las armas y procedimientos de su opuesto para defenderse. La defensa de la democracia ha de hacerse necesariamente con la utilización de los medios que éticamente le son apropiados. Esto es lo consistente.

De manera que cuando el ingrediente democrático del Estado democrático reconoce su suspensión en situaciones extraordinarias de emergencia, no lo hace siguiendo una lógica interna a él mismo, sino obedeciendo a la necesidad de preservación de su compañero de fórmula: el Estado. Por eso decimos que es en la excepcionalidad donde mejor queda demostrada la subordinación de la democracia a la esencialidad del Estado, lo que hace posible la existencia de ese híbrido inconsistente llamado Estado democrático.

Pues bien, en lugar de aceptar esta realidad y exponerla claramente admitiendo todas las consecuencias que de ella se derivan para la suerte y futuro de la democracia, el derecho de excepción intenta ocultarla en un discurso que por sus incongruencias y ambigüedades hace quedar mal hasta a los más profundos y destacados constitucionalistas, tal el caso de García-Pelayo, quien tras argumentar correctamente que el derecho vigente no puede ser mantenido en situaciones excepcionales debido a que la normatividad del Estado de Derecho supone una normalidad social y política, y que, en consecuencia, el caso excepcional requiere de medidas excepcionales, afirma, en términos de verdadero galimatías, que "incluso la misma excepción debe encuadrarse en el marco y en los términos de la ley. Mas como lo excepcional rechaza por su propia esencia la generalidad de la ley, es claro que una gran parte del derecho excepcional no sólo ha tenido lugar, en ocasiones, al margen de la ley, sino incluso contra la ley, siendo ésta una de las vías de modificación de la constitución"¹⁸⁵.

Precisamente este aspecto de la relación derecho-excepcionalidad es objeto de especial preocupación y tratamiento de parte de los juristas que abordan el tema. Preocupación que por lo demás estimamos exagerada -tal vez consecuencia de una deformación profesional que los induce a interesarse más por la forma jurídica que por el contenido- por no hallarse necesariamente conectada con lo

¹⁸⁵ GARCÍA-PELAYO: *Derecho ...*, ob. cit., pp. 162 y 163.

sustantivo de la cuestión: si las medidas extraordinarias, de cuya indispensabilidad en situaciones extraordinarias nadie puede dudar, atentan o no, y hasta qué punto, contra la institucionalidad democrática, puesto que es perfectamente posible, ante situaciones de grave emergencia pensar en soluciones extraordinarias que si bien no estarían ajustadas a derecho, tampoco se opondrían a los valores democráticos. Esto es, son dos dimensiones diferentes: derecho -discrecionalidad de una parte, y democracia no democracia de la otra. Esta mezcla y confusión de lo sustantivo con lo formal jurídico conduce a posiciones francamente débiles, como la de hacer aparecer la adopción de medidas autoritarias propias de la excepcionalidad formando parte de la aplicación y despliegue legal de la constitución democrática (¡todo está bien con tal de que lo diga la Constitución!). Así, una de nuestras mejores especialistas en la materia sostiene que “el poder excepcional puede presentarse como un elemento extraño en la constitución, que irrumpe en su vida y suspende su vigencia, o como un elemento intrínseco a la misma, ya que la constitución puede tener prevista una solución para los casos de emergencia. En este último caso, el poder excepcional no suspende la constitución misma, sino que la realiza en una de sus previsiones; de allí, entonces, que quien ejerce dichos poderes no es menos constitucional que aquél previsto para las situaciones consideradas normales” ¹⁸⁶. De este modo se “soluciona” el problema del vacío jurídico al que lleva la excepcionalidad -a nuestro modo de ver mediante una fórmula que tiene mucho de cuadratura del círculo-, pero ¿cómo puede aceptarse que la negación de la democracia dispuesta en las previsiones del derecho de excepción sea considerada la realización de una constitución que quiere y dice ser democrática?

Pero no solamente es en este punto relativo a cómo conciliar la excepcionalidad -siempre plena de imprevisión e incertidumbre- con la idea de derecho en donde el contradictorio derecho de excepción presenta dificultades de coherencia y ambigüedad. Hay otros que nos parecen aún más relevantes y sobre los cuales merece el esfuerzo llamar la atención.

Uno de ellos es el de la temporalidad o transitoriedad de las medidas de excepción. Existe coincidencia entre los especialistas en torno a que la

¹⁸⁶ DELFINO, María: *De la Emergencia*, Caracas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la ucv, Trabajo de ascenso en Mimeo, 1990, p. 30.

transitoriedad ha de ser uno de los rasgos del derecho de excepción. El problema está, pensamos, en su extrema relatividad, ocasionada por la imposibilidad de fijar límites más o menos precisos dentro de los cuales se pudiera calificar de temporal o transitorio un determinado período de tiempo. En última instancia, cualquier lapso, por extenso que sea, puede ser transitorio con sólo formar parte de un período significativamente mayor a él. Relatividad que se acentúa dependiendo de la naturaleza de las circunstancias excepcionales. Así por ejemplo, no dudáramos en estimar de transitorios unos días, semanas o meses de suspensión de las garantías democráticas, pero un período de cinco o diez años ya nos parecería demasiado, y, sin embargo, cambiaríamos nuevamente de criterio, considerando que esos cinco o diez años sí son transitorios, si la suspensión de garantías se diera en el marco de una situación de excepción consistente en una guerra civil que afecta a un Estado democrático con más de un siglo de existencia.

De forma, que en este asunto de la transitoriedad de las medidas de excepción no podemos ir mucho más allá de ambiguas fórmulas prescriptivas del estilo de “deben durar lo que duren las circunstancias que las han hecho necesarias”¹⁸⁷ o “los derechos suspendidos deben restablecerse dentro del menor tiempo posible”¹⁸⁸.

El otro aspecto que ofrece dudas acerca de la concepción y aplicación de las medidas que se estaría autorizado a tomar en situaciones de emergencia es el de la parcialidad de dichas medidas. Se sostiene en la doctrina respectiva que existen ciertos derechos, llamados **derechos absolutos**, que no pueden ser suspendidos ni restringidos, por cuanto “se basan en la noción esencial de la persona humana, y a pesar de que medien circunstancias o situaciones excepcionales, deben y tienen que ser respetados (...) los derechos absolutos no pueden, jamás, ser condicionados bajo ninguna circunstancia, ni en las más graves imaginables”¹⁸⁹. Entre tales derechos que no admitirían limitación alguna se hallan el derecho a la vida y el derecho a no ser torturado. Sobre este

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 21.

¹⁸⁸ FAUNDEZ, Héctor: “La protección de los derechos humanos en situaciones de emergencia”, *Contemporary Issues in International Law*, citado por Maruja Delfino en *ob. cit.*, p. 62.

¹⁸⁹ DELFINO: *ob. cit.*, p. 65.

particular debemos hacer varios señalamientos. El primero es que nos parece muy poco realista y viable que un Estado llegue a permitir su destrucción por no transgredir esos derechos individuales. En segundo lugar, con tal categoría de derechos se introduce una incompatibilidad entre la presencia de esos derechos individuales absolutos y la razón de Estado que, igualmente, absolutiza la seguridad y la supervivencia del Estado. Por último, para la democracia y su dimensión axiológica no existe jerarquización de los derechos tal que permita decidir que los derechos a la vida o a la integridad de la persona son más importantes que la libertad, por ejemplo. No hay, por ende, justificación desde una perspectiva democrática para decidir sacrificar unos derechos en aras de la seguridad del Estado y otros no.

Este conjunto de inconsistencias y ambigüedades tiene su raíz en que el derecho de excepción pretende conciliar lo irreconciliable: las necesidades del Estado y los requerimientos de la democracia. Con su habitual agudeza, Rey se percata de ello: "es la naturaleza misma de las situaciones de excepción o de la llamada 'emergencia' la que impide prever mediante fórmulas rígidas y taxativas -que necesariamente siempre dejarían algunos casos posibles fuera de su previsión- la variedad de circunstancias que pueden configurarles, pero, por otra parte, si se utilizan fórmulas laxas, flexibles e indeterminadas, que dejan un alto margen de discrecionalidad al responsable de la decisión, se corre el peligro de que este recurso excepcional sea utilizado *ad libitum*, dando lugar a la arbitrariedad y el despotismo. Análogas consideraciones pueden hacerse acerca de la posibilidad y conveniencia de someter a una estricta y precisa regulación el contenido de los poderes o la naturaleza de las medidas extraordinarias que, en la ocasión, podrían utilizarse, pues deben ser dictadas de acuerdo a la necesidad de la situación o circunstancias, por lo que difícilmente puede ser previsto su contenido concreto a través de normas, pero entonces, si la regla jurídica se limita a dar al responsable de la decisión poderes omnímodos para que, producida la situación de excepción actúe sin limitaciones, conforme lo exija la necesidad, de la que él sólo sería juez, se estaría autorizando un poder despótico, que corre el peligro de convertirse en permanente. El '*tour de force*' que el constitucionalismo clásico intenta con el Derecho de Excepción, es conciliar o hacer compatibles las exigencias, frecuentemente contradictorias, de la seguridad del Estado, por un lado, y la preservación de la libertad, por otro; salvar simultáneamente, la *ratio status* y la *ratio juris*, someter al Derecho lo que, en principio, parece escapar

a su regulación: la excepción concreta, la necesidad, la emergencia ¹⁹⁰. Nótese, de paso, el reconocimiento que se hace de que lo consistente con la excepcionalidad es una total discrecionalidad de parte del Estado para responder a ella. A pesar de lo cual se argumenta que una gran discrecionalidad en situaciones de excepción sería tentación para instalar regímenes autoritarios permanentes, por lo que es preferible la elaboración de una normativa de emergencia más taxativa y rigurosa, aunque ello sea incongruente con la idea misma de excepcionalidad y con la necesidad de preservar al Estado en situaciones de alta incertidumbre y amenaza a su seguridad. Creemos que este es un argumento débil. Si pensamos más en términos politológicos que jurídicos, nos daremos cuenta de que el retorno a la institucionalidad democrática, tras un período de aplicación de medidas excepcionales, no depende tanto de la existencia de una normativa de emergencia inconsistente como de otros factores entre los que destaca la cultura política de los gobernantes y gobernados. Es en las actitudes, valores y compromisos afectivos de los ciudadanos con su sistema político donde descansa la garantía que impediría el aprovechamiento de la emergencia para dar un golpe de Estado, o mantener más allá de lo necesario el autoritarismo propio de la excepcionalidad. La insistencia en desarrollar con detalles un derecho de excepción puede tener más bien efectos contraproducentes, ya que situaciones de emergencia extremadamente graves obligarían a los gobernantes de turno a traspasar y transgredir los límites restrictivos establecidos, bajo el dilema de hacerlo o perder al Estado, con lo que esa intervención inevitable se haría automáticamente ilegal e ilegítima.

Entiéndasenos bien, nuestra crítica al derecho de excepción no significa que lo consideremos inútil. Pensamos, sin embargo, que es aplicable sobre todo a situaciones de emergencia no excesivas para la seguridad del Estado; entonces es necesario y hasta conveniente la previsión de una normativa excepcional más o menos detallada sobre los procedimientos a seguir, el tipo de medidas a tomar, el tiempo de duración de las mismas, las autoridades competentes para aplicarla, etc. Pero en circunstancias muy graves la discrecionalidad total es lo consistente con la aceptación de la premisa básica de la supervivencia del Estado como valor primario y absoluto. Y el derecho de excepción no reconoce

¹⁹⁰ REY: *El Futuro ...*, ob. cit., p. 116. (El destacado es nuestro).

esta diferencia. Por otra parte, incurre en una teorización doctrinaria ideologizada en la que se pretende eludir y ocultar, cuando no minimizar, las cuestiones de fondo: que las medidas de emergencia son un elemento incongruente en constituciones autoproclamadas democráticas; que la normatividad de la excepcionalidad es una flagrante violación de la democracia, de su filosofía, sus valores y sus instituciones; que el derecho de excepción es el reconocimiento explícito que hace la democracia de su papel subordinado respecto a las necesidades de la razón de Estado; en fin, que la aceptación de su suspensión es una claudicación ética y axiológica contrapuesta a su misma esencia.

Nuestra intención es destacar que ha de asumirse conscientemente todo lo que significa para la democracia la aceptación del tutelaje por parte del Estado bajo la forma de un híbrido incongruente que es el Estado democrático. Nuestro propósito no es otro que develar el ropaje ideológico del derecho de excepción con el que se legaliza y legitima la negación de la democracia, y la minimización de esa negación con cláusulas restrictivas, ambiguas y de dudosa viabilidad práctica, sobre transitoriedad, procedimientos y derechos absolutos, que lo hacen aparecer a modo de un mal inevitable que se justifica por ser el camino de última instancia para salvar la democracia. Pretendemos decir lo que no se dice cuando la doctrina jurídica del derecho de excepción se expresa en términos como estos: "En parte para asegurar el cumplimiento de las condiciones legitimadoras del Estado de Excepción y en parte como resultado del proceso de racionalización llevado a cabo por la Ciencia del Derecho, el Derecho de Excepción, el *ius exorbitante* del que hablaban ya en los siglos XVI y XVIII, es conocido como una de las respuestas que fluyen del sistema estatal para hacer frente a las influencias perturbadoras de la normalidad de las conductas. Es un derecho que emana de la necesidad de autoconservación y se legitima porque existe para la protección y salvaguarda de la sociedad. Se le define como aquella normatividad que entra en vigencia durante el tiempo en el que están presentes las circunstancias excepcionales, sustituyendo el régimen legal relacionado generalmente con las garantías y derechos vigentes en épocas normales, por un conjunto de medidas que tienen como características el ser temporales -deben durar lo que duran las circunstancias que lo han hecho necesario- y como finalidad controlar la situación de excepción y restablecer la normalidad" ¹⁹¹. Todo legal, legítimo, justificado, pero dónde queda la

¹⁹¹ DELFINO: ob. cit. p. 21.

cuestión fundamental de la insalvable inconsistencia de que la democracia haya de recurrir al autoritarismo para preservar su existencia. ¿Qué clase de democracia es la que depende en última instancia del Leviatán que encarna todo lo que representa su negación? No dudamos lo más mínimo de la vocación democrática de quienes se expresan de ese modo ni de sus buenas intenciones, pero no es -permítasenos la expresión- "dorando la píldora" como quienes creen en la democracia van a enfrentar el problema de la insuficiencia de la misma en el marco del Estado democrático, ni como van a contribuir a su perfeccionamiento.

Acontecimientos como los del 27 de febrero de 1989, nos permiten reforzar empíricamente algunos de los planteamientos críticos expuestos anteriormente a nivel teórico: 1) el carácter espontáneo, sorpresivo y grave de esos hechos, así como la forma en que se reaccionó ante ellos, sobrepasando las previsiones de nuestro derecho de excepción, nos demuestran que en situaciones extremas de poco sirve disponer de una normativa de emergencia claramente delimitada¹⁹². El 27 de febrero mostró que las situaciones extraordinarias pueden ser de tal forma intensas, rápidas e inesperadas que exijan respuestas inéditas, imposibles de prever y de regular; 2) también quedó demostrado que a la hora de graves emergencias es quimérico no traspasar la frontera que separa los derechos no absolutos de los absolutos. El evidente abuso contra el derecho a la vida cometido en esos días estuvo relacionado con el haber hecho uso de un instrumento inadecuado para reprimir los desórdenes callejeros: el ejército¹⁹³, pero ello fue a su vez una reacción desesperada ante lo incontrolable que se volvía la situación; 3) la excesiva discrecionalidad con la que se actuó, y el que, una vez restablecida la normalidad, la institucionalidad democrática haya optado por olvidar y echar tierra a lo sucedido en lugar de establecer las responsabilidades correspondientes y aplicar las sanciones respectivas, respaldan nuestra tesis de la aceptación de la democracia de su situación de subordinación,

¹⁹² El profesor y constitucionalista Hermann Escarrá ha llamado la atención sobre el incumplimiento de la normativa de emergencia prevista en nuestra Constitución, durante los hechos del 27 de febrero. Vld. ESCARRA, Hermann: "La suspensión de las garantías constitucionales del 28-02-89 y la Doctrina de Seguridad y Defensa". Seguridad y Defensa. Caracas LAEDEN n° 6. 1990.

¹⁹³ El general y profesor universitario Alberto Müller se ha referido a este aspecto en su análisis de la intervención de las fuerzas armadas en los acontecimientos del 27 de febrero. Vld. MULLER ROJAS, Alberto: "Las fuerzas del orden en la crisis de febrero", *Polítela*, n° 13, Instituto de Estudios Políticos de la UCV, 1989, p. 147.

en el marco del Estado democrático, a la razón de Estado y a sus requerimientos por más extremos que estos sean ¹⁹⁴.

2. La subordinación de la democracia en la normalidad

No es sólo en las situaciones excepcionales, en las que se suspenden las garantías y libertades democráticas mediante la aplicación de medidas de emergencia, cuando se evidencia la subordinación de la democracia al Estado. También durante la normalidad del funcionamiento del Estado democrático está presente esa dependencia. Sólo que, a diferencia de las situaciones extraordinarias, cuando la democracia abandona la escena política para que ésta sea ocupada por el Estado y su máxima esencial de comportamiento la razón de Estado, en la situación de normalidad la democracia desempeña públicamente el papel protagonista mientras que la razón de Estado ha de representar el suyo en la penumbra del secreto.

Nos referimos a los sistemas y cuerpos de seguridad que funcionan **permanentemente** en los Estados democráticos y a los cuales se les tolera la utilización de los medios que sean necesarios en aras de la preservación del Estado, tanto frente a factores internos como externos. Junto a la moral pública ajustada a las instituciones democráticas, se acepta una a-moralidad, tácita y ambigua, para las actuaciones de los organismos de seguridad del Estado a los que se permite toda clase de licencias, aún las más inmorales, ilegales, arbitrarias y contrarias a los derechos humanos, si fueran necesarias.

Tal coexistencia de una moral de libertad y democracia, y una amoralidad de seguridad y razón de Estado, se da conforme a una verdadera regla de oro: si llegan a trascender a la publicidad algunas de las actuaciones de seguridad

¹⁹⁴ Casos similares a este del 27 de febrero, pero de mucho más dramatismo y mayores proporciones los tenemos en la historia reciente de nuestra América Latina, concretamente en los proceso democratizadores llevados a cabo durante la década de los ochenta en aquellos países de la región gobernados por regímenes militares. Hemos sido testigos de las sistemáticas concesiones del tipo "amnistías", "indultos", "perdones", etc, que las nuevas democracias se han visto en la obligación de otorgar a quienes con evidencias irrefutables se les demostró que violaron los derechos humanos más elementales. En aras de la estabilidad del Estado democrático, la democracia ha debido aceptar su propia negación.

contrarias a la institucionalidad democrática, se las repudiará y se actuará como si se tratase de aberraciones y abusos de poder por parte de determinados individuos a los que, si no es posible salvar mediante tácticas de desinformación, confusión, dilación, olvido y otras similares, se les someterá a las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico vigente. La importancia de esta regla radica en que: 1) se mantiene la apariencia de preponderancia y plena vigencia del Estado de derecho y de los valores e instituciones democráticas proclamados por la moral pública permitida; 2) no se responsabiliza al sistema de seguridad y su forma esencial de funcionamiento de las arbitrariedades cometidas contra la institucionalidad democrática. No son las instituciones de seguridad, sino “algunos” de sus miembros quienes, por desviación personal y amparados por las facilidades que ofrece el secreto indispensable en las operaciones de seguridad, se exceden en el ejercicio del poder que se les confiere y transgreden la legalidad del Estado democrático. Es posible así salvaguardar la permanencia de la legitimidad de la seguridad por más casos que se descubran de acciones de razón de Estado contrarias a los principios de la democracia.

Y es que, justamente, debido al papel que cumple la legitimación de la “seguridad” en la aceptación por parte de la democracia de su subordinación a los requerimientos del Estado, su preservación ha llegado a ser una cuestión clave en el funcionamiento de los Estados democráticos. Sólo con una alta legitimidad de los sistemas de seguridad es que se puede pasar por alto los excesos y abusos que suelen cometer. Cuando la legitimidad de los sistemas de seguridad decae, los costos que tienen éstos para la democracia se hacen demasiado visibles e intolerables. Costos que, por supuesto, no son éticos y morales, sino también materiales.

A tal grado otorgamos relevancia a esta variable de la legitimidad de los sistemas de seguridad que, por ejemplo, nos atrevemos a adelantar la hipótesis de que las intervenciones militares exitosas de los Estados Unidos en la escena internacional durante los últimos años -casos de Libia, Grenada, Panamá y Golfo Pérsico-, todas ellas perfectamente calculadas, ejecutadas y publicitadas, se encuentran relacionadas con la necesidad de recuperar la legitimidad de su sistema de seguridad, comprometedoramente afectada por los anteriores fracasos y escándalos de Vietnam, Watergate, Irán, Líbano y Nicaragua. Mantener la legitimidad del sistema de seguridad más amplio y complejo del

mundo se ha constituido, definitivamente, es una cuestión de vital importancia para el Estado democrático norteamericano ¹⁹⁵.

Precisamente la democracia estadounidense se caracteriza por aceptar de manera explícita y en textos legales su subordinación a los requerimientos y exigencias de la seguridad nacional. Paula J. Dobriansky, quien se desempeñó como vice-secretaria de Estado adjunta para derechos humanos en las administraciones de Reagan y Bush, en artículo donde defiende la tesis de la importancia del papel jugado por los derechos humanos en la política exterior norteamericana, afirma que "A mediados de los años 70, el Congreso corrigió una serie de estatutos relacionados con la política exterior para especificar que las consideraciones sobre derechos humanos debían cumplir una función integral en la administración de asistencia militar, económica y financiera por parte de los EUA. También se corrigieron los estatutos para indicar que no se debía dar ayuda estadounidense a los gobiernos responsables de un patrón persistente de violaciones evidentes a los derechos humanos: **a menos que el presidente solicitara una excepción por razones de seguridad nacional**"¹⁹⁶. También en la política interior se reconoce esta subordinación. Así por ejemplo, el derecho fundamentalísimo de la democracia, como es el derecho a estar informado, queda limitado a las razones de seguridad. Alvin Toffler refiere al respecto la declaración del Presidente Lyndon B. Johnson -dada con

¹⁹⁵ En el caso norteamericano, además, no puede dejarse de tener en cuenta la vinculación estrecha que guarda actualmente el sistema de seguridad con el sistema económico a través del complejo militar-industrial. Desde la Segunda Guerra Mundial al presente es mucho lo que se ha avanzado por ese camino, al punto de que la seguridad en los Estados Unidos ha dejado de ser sólo una cuestión política y militar para convertirse en un asunto económico de primer orden. Al respecto, Ramón Escovar Salom nos recuerda, en un artículo sobre la Guerra del Golfo, la advertencia que hiciera el general Dwight Eisenhower en su discurso de despedida de la presidencia, el 17 de enero de 1961, cuando "aconsejó que se estuviera en guardia contra la influencia desmedida e imprevista del Complejo Militar Industrial y señaló como síntesis de su discurso que el gran reto era mantener la seguridad y la libertad. Todo lo cual quería decir que, en un momento dado, en nombre de la seguridad, se podía atentar contra la libertad" (Escovar Salom: "El complejo militar industrial". *El Nacional*, 8/7/91, p. A/4), y luego con gran perspicacia llama la atención sobre "el interés que tienen a veces los propios habitantes de los lugares donde existen instalaciones industriales para producir armamentos, para mantener fuentes de empleo y en este sentido, en los Estados Unidos se han descrito las presiones políticas que sobre los Representantes o Senadores ejercen sus representados para que defiendan estas operaciones". (Idem), observación ésta que ya hiciera Galbraith en los años sesenta (cfr. Galbraith, J. K.: *El Nuevo Estado Industrial*, Barcelona, Ariel, (sexta edición), 1974, p. 403.

¹⁹⁶ DOBRIANSKY, Paula: "Los derechos humanos y la tradición estadounidense", en *Facetas*, n° 89, 3/90, p. 69. (Resaltado nuestro).

ocasión de la firma de la "Ley de Libertad de Información"- según la cual "la libertad de información es tan vital que sólo la seguridad nacional, y nunca el deseo de los funcionarios oficiales o de los ciudadanos particulares, determinará cuándo debe restringirse"¹⁹⁷. En la reciente Guerra del Golfo Pérsico, cuando se impuso una censura absoluta que afectó no sólo a los ciudadanos norteamericanos sino al mundo entero, se nos dio una demostración de que se habla muy en serio acerca de la suspensión del derecho a la información por razones de seguridad. A los efectos de nuestra argumentación, de este caso, por cierto, nos llama la atención dos de sus aspectos. El primero es la magnitud y eficacia de la censura aplicada en un momento histórico en el que los avances tecnológicos de los medios de información y comunicación, su versatilidad, variedad y disponibilidad, hacían pensar que algo así no podía suceder. Quizás nunca en la historia una guerra fue, paradójicamente, más pública y más secreta al mismo tiempo. Gracias a los medios masivos de comunicación todos pudimos estar allí, casi en presencia física, y también gracias a la censura impuesta por las exigencias de la seguridad, sólo alcanzamos a ver y conocer lo que una ínfima minoría decidió que se podía ver y en la forma que estimaron conveniente. El segundo aspecto es la poca resistencia que llegó a hacerse efectiva ante la violación de un supuesto tan decisivo en el funcionamiento de la democracia en sociedades que se consideran *abiertas*. Como lo escribiera en su momento uno de los venezolanos que se mostraron sorprendidos y preocupados por este hecho: "Ya no es serio ponerse a decir que la primera víctima en una guerra es la verdad. Esto está muy manoseado. Es cierto, sin duda, pero ya aburre. Lo increíble es que la prensa americana haya aceptado, pasivamente, el papel que le asignaron los militares. La censura ha sido rigurosa y despectiva. Se ha demostrado que en la democracia más importante en el mundo ha sido posible eliminar totalmente a la prensa y no ha pasado nada. La opinión pública americana, en forma mayoritaria, en todas las encuestas, está de acuerdo con la suspensión de la información. Increíble, pero es cierto. Es obvio que esa opinión pública ya está madura para el surgimiento de algo peor que Mc Carthy. Ojalá que esa conducta no sea imitada en nuestros países"¹⁹⁸.

¹⁹⁷ TOFFLER, Alvin: *ob. cit.*, p. 312.

¹⁹⁸ GAMUS, Mauro: *El Nacional*, 4/3/91, p. D/3.

Sin duda que la legitimidad de que gozan los sistemas de seguridad dentro de los Estados democráticos -espontánea o manipulada, eso no viene al caso-, induce a esta clase de fenómenos de autocensura de los medios de comunicación y de pasiva resignación frente a la conculcación de un derecho básico de la democracia: el de estar informado sin restricción alguna.

En fin, no podemos dejar de tener presente que tanto las medidas de excepción como las actividades vinculadas a la seguridad nacional, a las que hemos tomado como prueba de la subordinación de la democracia a las necesidades del Estado, constituyen hoy la manifestación encubierta e ideologizada de la vieja razón de Estado. Las otrora medidas de razón de Estado, que se hicieron repudiables con el advenimiento del liberalismo y la democracia, y con la progresiva expansión de los derechos humanos, reaparecen en nuestro tiempo bajo el manto legitimador de las **razones de seguridad**.

CONSIDERACIONES FINALES:

Pensamos que las tesis principales de este trabajo, como son la incompatibilidad existente entre las esencialidades del Estado y de la democracia, y la subordinación de ésta a las necesidades de aquél dentro del marco del Estado democrático, han quedado satisfactoriamente sustentadas.

Tal vez se nos cuestione el que, con el fin de favorecer nuestra argumentación, nos hemos colocado en una posición extremadamente rigurosa respecto al significado de la democracia, y que, en consecuencia, el precio que tenemos que pagar es haber caído en el utopismo. Sobre el particular diremos lo siguiente.

Ciertamente, rechazamos aceptar que una forma política como la democracia liberal representativa, cuyos rasgos esenciales hacen tender al elitismo a los regímenes políticos que en ella se inspiran, pueda ser denominada "democracia" en sustitución ideológica del verdadero y correcto significado que ha de poseer esta palabra. Pero aún cuando aceptásemos identificar la democracia con la mal llamada "democracia" representativa y liberal, nuestras tesis y sus argumentaciones respectivas continuarían siendo válidas, porque tanto la pretensión de ejercer el monopolio de la coacción a través de un entramado de

instituciones burocráticas, como la razón de Estado, ambos componentes esenciales de todas las formas de Estado, según hemos visto, son incompatibles con los valores e instituciones liberales. No ha de olvidarse que la democracia liberal y representativa, al igual que la democracia directa y participativa definida por nosotros, posee compromisos axiológicos éticamente irrenunciables y, por consiguiente, su plena realización no es conciliable con la presencia de un monopolio de poder que absolutiza su preservación. Para poder sobrevivir en el contexto del Estado democrático, la democracia liberal ha tenido que aceptar su subordinación a las necesidades de la lógica del poder estatal, y con ello, renunciar a su perfectibilidad. La insatisfacción con los logros de la democracia representativa, las promesas incumplidas de las que nos habla Bobbio, tienen relación directa con esa subordinación. Definitivamente, el Estado, en lo que tiene de esencial, es un impedimento no sólo para el libre y permanente desarrollo de la democracia directa sino también lo es para la democracia representativa y liberal. Por eso, si realmente aspiramos a la perfectibilidad de la democracia, el Estado, como lo hemos conocido hasta hoy, es un obstáculo que debemos superar.

En cuanto al utopismo de nuestra posición cabe señalar que estamos plenamente convencidos de que, gracias a los adelantos tecnológicos de que disponemos en la actualidad y al indudable progreso moral de la humanidad habido en torno a la defensa de los derechos humanos universales, existen posibilidades objetivas de practicar la democracia directa y participativa como nunca antes las ha habido en la Historia. Pero, de no ser así, aún como sólo ideal utópico, la democracia ha de servirnos para dirigir nuestros esfuerzos y anhelos de cambio y progreso político. Ahora bien, si, por el contrario, se piensa que es inconveniente insistir en el perfeccionamiento de la democracia teniendo de norte un sueño irrealizable, ya que ello puede conducir al desengaño y a la frustración, y que es preferible aceptar la democracia liberal-representativa real con todas sus imperfecciones, sus incumplimientos, su estancamiento y su subordinación a los requerimientos de la seguridad del Estado, de acuerdo, es tan legítima esta posición como la anterior desde la perspectiva de **ser-deber-ser** que le atribuimos a la política. Pero entonces dejemos de hablar de democracia. Lo que no nos parece válido, y por eso lo cuestionamos, es que se pretenda denominar democracia a lo que de hecho constituye su negación con el propósito ideológico de que regímenes políticos cada vez más elitistas usufructúen la valoración positiva que pertenece al ideal democrático.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ABRAMSON, J., ARTERTON, Ch. y ORREN, G.: **The electronic commonwealth: the impact of new media technologies on democracies politics**, New York, Basic Books, 1988.

ACKERMAN, Bruce: **Social Justice in the Liberal State**, New Haven, Yale University Press, 1980.

ALMOND, Gabriel: "The return of the State", **American Political Science Review**, vol. 82: 853-74, 1988.

ALMOND, G. y VERBA, S.: **The civic culture: political attitudes and democracy in five nations**, Princeton, Princeton University Press, 1963.

ALLISON, Graham: **Essence of Decision**, Boston, Little Brown, 1971.

ANDERSON, Perry: "La evolución política de Norberto Bobbio", en González, José y Quesada, Fernando (coords.): **Teorías de la Democracia**, Barcelona, Anthropos, 1988.

ARROW, Kenneth: **Social choice and individual values**, New York, John Wiley and Sons, 1951, edición revisada 1963.

BACHRACH, Peter: **Crítica de la teoría elitista de la democracia**, Buenos Aires, Amorrortu, 1973.

BAKUNIN, Mijail: **Escritos de Filosofía Política**, Madrid, Alianza Editorial, 1978

BALL, Terence (ed): **Idioms of inquiry: critique and renewal in political science**, Albany, State University of New York Press, 1987.

BALL, Terence: **Transforming political discourse**, London, Basil Blackwell, 1988.

BARBER, Benjamin: **Strong Democracy**, Berkeley, University of California Press, 1984.

BARRAGAN, Julia: **Hipótesis Metodológicas**, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1983.

BAUMGOLD, Deborah: **Hobbe's Political Theory**, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

BEALY, Frank: **Democracy and the Contemporary State**, New York, Oxford University Press, 1988.

BOBBIO, Norberto: "La crisis de la democracia y la lección de los clásicos", en Bobbio, N., Pontara, G. y Veca, S.: **Crisis de la democracia**, Barcelona, Ariel, 1985.

_____: **El Futuro de la democracia**, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

BOHMAN, James: "Communication, Ideology, and Democratic Theory", **American Political Science Review**, vol. 84, n° 1, 1990.

BOTERO, Giovanni: **La Razón de Estado y otros escritos**, Caracas, Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Central de Venezuela, 1962.

BRYAN, Edward y LEVY, Michael (Ed.): **Hanbook of Political Theory and Policy Science**, New York, Greenwood, 1988.

BUCHANAN, James: **The Limits of Liberty, Between Anarchy and Leviatan**, Chicago, University of Chicago Press, 1974.

_____: "Política sin romanticismos", en BUCHANAN, J., McCormick, R y Tollison, R: **El Análisis Económico de lo Político**, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1984.

CASSIRER, Ernst: **El Mito del Estado**, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.

COMBELLAS, Ricardo: **La democratización de la democracia**, Caracas IFEDEC, 1988.

COMBLIN, Joseph: **El Poder Militar en América Latina**, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1978.

CONDE, Francisco Javier: **Introducción al Derecho Político Actual**, Madrid, Escorial, 1942.

COTARELO, Ramón: **En Torno a la Teoría de la Democracia**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

CRONIN, Thomas: **Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum and Recall**, Cambridge, Harvard University Press, 1989.

CROZIER, Michael, HUNTINGTON, S. y WATASUKI, S.: **The Crisis of Democracy: Report to the Trilateral Commission on the Governability of Liberal Democracies**, New York, New York University Press, 1975.

CHEVALLIER, Jean-Jacques: **Los Grandes Textos Políticos**, Madrid, Aguilar (séptima edición), 1977.

CHUBB, John y PETERSON, Paul: **Can the Government Govern?**, Washington, Brookings Institution, 1989.

DAHL, Robert: **La Poliarquía**, Madrid, Guadiana, 1974.

_____ : **Análisis Político Moderno**, Barcelona, Fontanella, 1976.

_____ : **Democracy and its Critics**, New Haven, Yale University Press, 1989.

DAHL, Robert y LINDBLOM, Charles: **Politics, Economics and Welfare**, New York, Harper and Row, 1953. Hay traducción al castellano: **Política, Economía y Bienestar**, Buenos Aires, Paidós, 1963.

DELFINO, María: **De la Emergencia**, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, trabajo de ascenso en mimeo, 1990.

DOBRIANSKY, Paula: "Los derechos humanos y la tradición estadounidense". Facetas, n° 89, 3/90.

DONALDSON, Peter: "Maquiavelli and Mistery of State", **American Political Science Review**, vol 84, n° 2, 1990.

DOWNS, Anthony: **Teoría Economía de la Democracia**, Madrid, Aguilar, 1973.

DOWSE, R. y HUGUES, J.: **Sociología Política**, Madrid, Alianza Editorial, 1975.

DRYZEK, John: "Discursive Designs: Critical Theory and Political Institutions", **American Journal of Political Science**, n° 31, 1987.

DURKHEIM, Emilio: **Las Reglas del Método Sociológico**, Buenos Aires, La Pléyade, 1974.

DUVERGER, Maurice: **Instituciones Políticas y Derecho Constitucional**, Barcelona, Ariel (quinta edición), 1970.

EASTON, David: **Esquema para el Análisis Político**, Buenos Aires, Amorrortu (tercera edición), 1976.

ELSTER, Jon: **Solomonic Judgements: Studies in the Limitations of Rationality**, New York, Cambridge University Press, 1989.

_____ : **The Cements of Society: a Study of Social Order**, New York, Cambridge University Press, 1989.

ESCARRA, Hermann: "La suspensión de las Garantías Constitucionales del 28-02-89 y la Doctrina Democrática de Seguridad y Defensa", **Seguridad y Defensa**, n° 6, 1990.

ESCOVAR SALOM, Ramón: "El complejo militar industrial", **Caracas, El Nacional**, 8 de Julio de 1991, p A/4.

ETZIONI, Amitai: **La Sociedad Activa**, Madrid, Aguilar, 1980.

EVANS, Peter, RUESCHEMEYER, Dietrich y SKOCPOL, Theda (eds): **Bringing the State Back In**, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

FARR, James: "The State of the Discipline", *Polity*, nº 20, 1988.

FAUNDEZ, Héctor: "La Protección de los derechos humanos", *Contemporary Issues in International Law*, Strasborg, Ed. Thomas Buergenthal, 1984.

FINLEY, Moses: *Vieja y Nueva Democracia*, Barcelona, Ariel, 1980.

FRIEDRICH, C. J.: *La Democracia como forma política y como forma de vida*, Madrid, Tecnos (segunda edición), 1966.

FUKUYAMA, Francis: "The End of History?", *The National Interest*, nº 16, 1989

_____: "Debate sobre '¿El fin de la Historia?'" , *Facetas*, nº 89, 3/90.

GALBRAITH, J. K.: *El Nuevo Estado Industrial*, Barcelona, Ariel (sexta edición), 1974.

GARCIA-PELAYO, Manuel: "De las Razones Históricas de la Razón de Estado", Estudio preliminar en Botero, G.: *La Razón de Estado y otros escritos*, Caracas, Instituto de Estudios Políticos, 1962.

_____: *Idea de la Política*, Caracas, Instituto de Estudios Políticos, (Cuaderno nº 13), 1968.

_____: *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1977.

_____: *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1984.

GEIGER, Theodor: *Ideología y Verdad*, Buenos Aires, Amorrortu, (segunda edición), 1968.

GINER, Salvador y PEREZ, Manuel: *El Corporatismo en España*, Barcelona, Ariel, 1988.

GONZALEZ-GARCIA, José María: "Límites y aporías de la democracia representativa de Norberto Bobbio", en González José y Quesada, Fernando: **Teorías de la Democracia**, Barcelona, Anthropos 1988.

GONZALEZ, José y QUESADA, Fernando (Coords): **Teorías de la Democracia**, Barcelona, Anthropos, 1988.

HALL, Kathleen: **Eloquence in an Electronic Age: The transformation of Political Speechmaking**, New York, Oxford University Press, 1988.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John: **The Federalist Papers**, New York, New American Library, 1961. Hay traducción al castellano: **El Federalista**, México, Fondo de Cultura Económica (segunda edición), 1974.

HEGEL, G.W.F.: **Filosofía del Derecho**, Caracas, Ediciones de la Biblioteca UCV, 1991.

HELLER, Hermann: **Teoría del Estado**, México, Fondo de Cultura Económica (sexta reimpresión), 1971.

HERMOSA ANDUJAR, Antonio: "Del absolutismo a la democracia: génesis y desarrollo de la teoría moderna del Estado", **Revista de Estudios Políticos**, n° 68, 1990.

HINTZE, Otto: **Historia de las Formas Políticas**, Madrid, Revista de Occidente, 1968.

HUNTINGTON, Samuel: "No Exit. The Errors of Endism", **National Interest**, n° 17, 1989.

JANICKE, Martin: **State Failure, The Impotence of Politics in Industrial Society**, Penn State Press, 1991.

JEFFREYS-JONES, Rhodri: **The CIA and American Democracy**, New Haven, University Press, 1989.

JOHNSON, Loch: **America's Secret Power: The CIA in a Democratic Society**. New York, Oxford University Press, 1989.

KAPLAN, Marcos: **El Estado en el Desarrollo y la Integración de América Latina**, Caracas, Monte Avila Editores, 1969.

KELSEN, Hans: **Esencia y valor de la democracia**, Barcelona, Guadarrama, Labor, 1977.

KING, Gary: **Unifying Political Methodology: the Likelihood Theory of Statical Inference**, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

KORNHAUSER, Willian: **Aspectos Políticos de la Sociedad de Masas**, Buenos Aires, Amorrortu, 1969.

LANE, Ruth: "Concrete Theory: an Emerging Political Method", **American Political Science Review**, vol. 84, n° 3, 1990.

LIJPHART, Arend: **The Politics of Accomodation: Pluralism and Democracy in the Netherlands**, Berkeley, University of California Press, 1968.

_____: **Democracy in Plural Societies: a Comparative Exploration**, New Haven, Yale University Press, 1977.

_____: **Las Democracias Contemporáneas**, Barcelona, Ariel, 1987.

LIPSET, M y LOWENTHAL, L. (eds.): **Culture and Social Character**, Glencoe, The Free Press, 1961.

LUCE, R. y RAIFFA, H.: **Games and Decisions**, New York, Wiley, 1957.

MANDEVILLE, Bernard: **The Fable of the Bees: or Private Vices, Publics Benefits**, Oxford, Clarenton Press, 1924.

MANSBRIDGE, Jane: **Beyond Adversary Democracy**, Chicago, Chicago University Press, 1983.

MAQUIAVELO, Nicolás: **El Príncipe**, Madrid, Espasa Calpe (duodécima edición), 1970.

MARCH, James y OLSEN, Johan: Rediscovering Institutions: the Organizational Basis of Politics, New York, Free Press, 1989.

MARDONES, José María: "La filosofía política del primer Habermas", en González J., y Quesada, F: Teorías de la Democracia, Barcelona, Anthropos, 1988.

MEINECKE, Friedrich: La idea de la Razón de Estado en la Edad Moderna, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (primera edición, 1952), 1983.

MICHELS, Robert: Los Partidos Políticos, Buenos Aires, Amorrortu, 1972.

MILIBAND, Ralph: Marxismo y Política, Madrid, Siglo XXI, 1978

MILL, John Stuart: El Gobierno Representativo, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1878.

_____: **On Liberty, London, Oxford University Press, 1969.**

MISES, Ludwig von: La Acción Humana, Madrid, Unión Editorial, 1986.

MITCHELL, Timothy: "The limits of the State: beyond statist approaches and their critics", American Political Science Review, vol. 85, n° 1, 1991

MOSCA, Gaetano: La Clase Política, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

MUGUERZA, Javier: "Ética y Comunicación", en González, J. y Quesada F.: Teorías de la Democracia, Barcelona, Anthropos, 1988.

MULLER ROJAS, Alberto: "Las Fuerzas del orden en la crisis de febrero", Politeia, n° 13, 1989.

NAVARRO, Juan Carlos: "Pactos políticos y estilos decisionales: tres teorías frente al Pacto de Punto Fijo y al Pacto Social", Politeia, n° 12, 1988.

NOZICK, Robert: Anarchy, State and Utopia, New York, Basic Books, 1974.

OFFE, Claus: **Disorganized Capitalism**, Cambridge, MIT Press, 1985.

OLSEN, Marvin: **Power in Societies**, New York, Macmillan, 1970.

OSTROM, Elinor: "Rational Choice Theory and Institutional Analysis: Toward Complementarity", **American Political Science Review**, vol. 85, n° 1, 1991.

PARETO, Vilfredo: **Forma y Equilibrio Sociales**, Madrid, Revista de Occidente, 1967.

PEREZ ROYO, Javier: **Introducción a la Teoría del Estado**, Barcelona, Blume, 1980.

POPPER, Karl: **La Sociedad abierta y sus Enemigos**, Buenos Aires, Paidós, 1967.

PYE, Lucian: "Political Science and the crisis of authoritarianism" **American Political Science Review**, vol. 84, n° 1, 1990.

RAWLS, John: **Teoría de la Justicia**, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1979.

RESTIER-MELLERAY, Christiane: "Experts of Expertise Scientifique" **Revue Francaise de Science Politique**, vol. 40, n° 4, 1990.

REY, Juan Carlos: **Ensayos de Teoría Política**, Caracas, Ediciones Conjuntas, 1980.

_____: "Problemas de seguridad en un Estado Democrático", en Romero, A. (Comp.): **Seguridad, Defensa y Democracia Venezuela**, Caracas, Equinoccio, 1980.

_____: "Doctrina de seguridad Nacional e Ideología Autoritaria", en Romero, A. (Comp.): **Seguridad, Defensa y Democracia en Venezuela**, Caracas, Equinoccio, 1980.

_____: **El Futuro de la Democracia Venezuela**, Caracas, IDEA, 1989.

ROUBAN, Luc: "Innovation, complexité et crise de l'Etat moderne", **Revue Francaise de Science Politique**, vol. 39, n° 3, 1988.

ROUSSEAU, J. J.: **El Contrato Social**, Madrid, EDAF, 1969.

SARTORI, Giovanni: **Teoría de la Democracia**, Madrid, Alianza Universidad, 1988.

SCHMITTER, Philippe: "Modes of Interest intermediation and Models of Societal Change In Western Europe", **Comparative Political Studies**, Vol. 10, n° 1, 1977.

_____: **Still the Century of Corporatism?**, London, Sage, 1979.

_____: "Neocorporativismo y Estado", **Revista Española de Investigaciones Sociológicas**, n° 31, 1985.

SCHMITTER, Philippe y LECHMBRUCH, Gerhardt (Comp): **Trends Towards Corporatism Intermediation**, London, Sage, 1979.

SCHUMPETER, Joseph: **Capitalismo, Socialismo y Democracia**, Madrid, Aguilar, 1968.

SETTALA, Ludovico: **La Razón de Estado**, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1988.

SKOCPOL, Theda: "Bringing the State Back In", en Evans, P., Dietrich y Skocpol, T. (eds.): **Bringing the State Back In**, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

SMIST, Frank: **Congress Oversees the United States Intelligence Community**, Tennessee, Tennessee University Press, 1990.

SMITH, James: **The Idea Brokers. Think Tanks and the Rise of the New Policy Elite**, New York, Free Pres. 1990.

SOMBART, Werner: **Guerra y Capitalismo**, Madrid, Colección Europa, 1943.

SORIANO, Graciela: **El Pensamiento Social de Charles Loyseau**, Caracas, Instituto de Estudios Políticos, 1968.

_____: **Hispanoamérica: Historia, Desarrollo Discrónico e Historia Política**, Caracas, Instituto de Estudios Políticos, 1987.

THRERBORN, Göran: **Las Teorías Contemporáneas del Estado**, Maracaibo, Universidad del Zulia, 1989.

TOCQUEVILLE, Alexis de: **La Democracia en América**, México, Fondo de Cultura Económica, (Segunda reimpresión), 1973.

TOFFLER, Alvin: **El Cambio del Poder**, Barcelona, Plaza y Janes, 1990.

TSEBELIS, George: **Nested Games: Rational Choice in comparative Politics**, Berkeley, University of California Press, 1989.

VALLESPIN, Fernando: **Nuevas Teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan**, Madrid, Alianza Universidad, 1985.

WALZER, Michael: **Interpretation and Social Criticism**, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

WEBER, Max: **El Político y el Científico**, Madrid, Alianza Editorial, (tercera edición), 1972.

_____: **Economía y Sociedad**, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.

WOLIN, Sheldon: **The Presence of the Past: Essays on the State and the Constitution**, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1989.

WOODCOCK, George: **El Anarquismo**, Barcelona, Ariel, 1979.

WRIGTH MILLS, C.: **Poder, Política y Pueblo**, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.

_____: **La Elite del Poder**, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.

ZAMBRANO, Angel Enrique: "Gloria vs. Eduardo", Caracas, **El Nacional**, 10 de noviembre de 1990, p. A/4.

ZEIGLER, Harmon: **Pluralism, Corporatism and Confucianism: Political Association and Conflict Regulation in the United States, Europe and Taiwan**, Philadelphia, Temple University Press, 1988.

DIARIOS:

El Nacional, 29-7-91, p. A/6.

Decisiones de los tribunales



REPUBLICA DE VENEZUELA,

EN SU NOMBRE.

El Tribunal Arbitral integrado por los abogados doctores Alfredo Morles Hernández, Luis Alberto Sánchez y José Muci-Abraham, los dos primeros designados en el Compromiso Arbitral suscrito entre las empresas "C.A. de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE)" y "Manufacturas Plásticas y Telefónicas Maplatex C.A.", según documento otorgado por ante la Notaría Pública Tercera del Municipio Sucre del Estado Miranda en fecha 23 de setiembre de 1992, anotado bajo el número 60, Tomo 91, de los Libros respectivos, y el tercero designado -de común acuerdo- por los dos árbitros escogidos por las partes, según se evidencia de auto de fecha 28 de setiembre de 1992, llegada la oportunidad para pronunciar su Laudo, lo hace en los términos siguientes:

CAPITULO I DEL PROCEDIMIENTO

En fecha 9 de setiembre de 1992, las sociedades mercantiles "Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE)", de este domicilio, inscrita ante la Oficina de Registro de la Primera Circunscripción Judicial el 27 de octubre de 1958, bajo el número 20, Tomo 33-A, denominada en lo adelante, por causa de brevedad, "CADAFE", por una parte; y por la otra,

“Manufacturas Plásticas y Telefónicas Maplatex C.A.”, domiciliada en Santa Teresa del Tuy, Estado Miranda, inscrita en el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda el día 9 de marzo de 1973, bajo el número 69, Tomo 37-A, denominada en lo adelante, por causa de brevedad, “MAPLATEX”, suscribieron Cláusula Compromisoria, en virtud de la cual se obligaron a “... someter al conocimiento de un Tribunal Arbitral de Derecho, integrado por tres miembros, las divergencias suscitadas entre ambas partes con motivo de la reclamación presentada por MAPLATEX, en relación con los Contratos Nos. 86-0482-5029 y 90-0203-5029, por Costos Financieros, Costos Administrativos y Pérdida en la venta de Bonos de la Deuda Pública de CADAPE y sus correspondientes Costos Financieros...”. La Cláusula Compromisoria fue otorgada mediante documento autenticado por ante la Notaría Pública Séptima de Caracas, en fecha 9 de setiembre de 1992, anotado bajo el número 63, Tomo 108, de los Libros respectivos.

En ejecución de la Cláusula Compromisoria, “CADAPE” y “MAPLATEX” suscribieron Compromiso Arbitral mediante documento de fecha 23 de setiembre de 1992, otorgado por ante la Notaría Pública Tercera del Municipio Sucre del Estado Miranda, y anotado bajo el número 60, Tomo 91, de los Libros respectivos. En el Compromiso Arbitral, “CADAPE” y “MAPLATEX” convinieron en que la presente causa fuese sustanciada y decidida conforme a las reglas y el procedimiento que se indican de seguida: 1.- Las partes podrían presentar sus alegatos de hecho y de Derecho sobre la materia objeto de arbitraje ante el Tribunal Arbitral, por escrito y por una sola vez, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de constitución del Tribunal; 2.- Las partes podrían promover y evacuar pruebas dentro del plazo de sesenta (60) días continuos, contados a partir del vencimiento del lapso de diez (10) días, concedido a las partes para formular sus alegatos; 3.- Los árbitros podrían otorgarle valor probatorio a los estados de cuenta expedidos por institutos bancarios, así como a las fotocopias de documentos, documentos, cartas o comunicaciones emanadas de funcionarios o empleados de cualquiera de ellas, u otros elementos de convicción que, a su juicio, permitan conocer la verdad de los hechos; 4.- Los árbitros, de común acuerdo, podrían hacer evacuar, de oficio, las pruebas que estimasen convenientes para formarse convicción sobre los asuntos o materias sometidos a su dictamen; 5.- Las partes asumían el compromiso de colaborar con los árbitros, para que éstos pudiesen cumplir cabalmente sus deberes, y se facilitase la evacuación de las pruebas que las partes promuevan o el Tribunal

Arbitral disponga; 6.- No se admitirían incidencias ni dilaciones en el procedimiento, pues las partes desean que el mismo se sustancie, tramite y decida en el más breve plazo posible, pero que, no obstante, si en razón de algún requerimiento legal de orden público, resultare necesario cumplir u observar formalidades, actuaciones o trámites para la prosecución del procedimiento, los lapsos procesales fijados quedarían suspendidos en el estado en que se encontraren, y se reanudarían, sin dilación alguna, una vez cumplida la formalidad, el trámite o la actuación de que se trate; 7.- Los árbitros, de considerar procedente alguna de las reclamaciones formuladas por "MAPLATEX", deberían pronunciar la condena correspondiente e indicar el monto de la obligación; 8.- No habría condenatoria en costas; 9.- Una vez emitido el laudo arbitral, los árbitros deben estimar su remuneración, y cualquier controversia a ese respecto corresponde decidirla al Juez de Primera Instancia en lo Mercantil, ante el cual se hubiere constituido el Tribunal Arbitral. Los honorarios de los árbitros serán pagados de por mitad por ambas partes, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación del recibo correspondiente, y cualesquiera otros gastos en que incurrieren los árbitros, a consecuencia de la sustanciación del procedimiento, tales como los de las experticias que pudiere ordenar evacuar el Tribunal, serán sufragados de por mitad por ambas partes; y, 10.- El Tribunal Arbitral debe dictar el Laudo dentro del lapso de treinta (30) días continuos, contados a partir del vencimiento del lapso de sesenta (60) días, para promover y evacuar pruebas. Así mismo, las partes convinieron que el laudo arbitral sería **inapelable**, y que -por lo tanto- contra el mismo sólo cabría proponer los recursos de nulidad e invalidación, conforme a las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil. Posteriormente, "CADAFE" y "MAPLATEX", mediante documento de fecha 8 de octubre de 1992, otorgado por ante la Notaría Pública Tercera del Municipio Sucre del Estado Miranda, y anotado bajo el número 24, Tomo 98 de los Libros respectivos, suscribieron un anexo al Compromiso Arbitral, en virtud del cual enmendaron el numeral 13 de la Sección Tercera del Compromiso Arbitral, y escogieron cuál sería la sede del Tribunal; le impusieron al Tribunal Arbitral el deber de notificar a las partes las providencias que adopte, así como la hora y lugar en que ha de consignarse, a los fines de su publicación, el laudo arbitral; y, finalmente, las direcciones a las cuales deben notificarse las partes.

En fecha 6 de octubre de 1992, el Tribunal Arbitral se constituyó ante el Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la

Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda y, posteriormente, mediante escrito fechado el 21 de octubre de 1992, "MAPLATEX" consignó los alegatos de hecho y de Derecho en que esa Empresa fundamenta sus reclamaciones, así como diversos documentos probatorios. Por su parte, "CADAFE", mediante escrito de fecha 26 de octubre de 1992, consignó en autos sus alegatos sobre la materia sometida a arbitraje. Finalmente, mediante escrito fechado el 18 de enero de 1993 la empresa "MAPLATEX", sin que ello estuviere contemplado en el iter procedimental convenido expresamente por las partes en el Compromiso Arbitral, consignó un escrito de conclusiones.

CAPITULO II DE LA EXTENSION DE LA COMPETENCIA ARBITRAL

Conforme a lo establecido en el Artículo Primero de la Cláusula Compromisoria, suscrita entre las partes en fecha 9 de setiembre de 1992, "CADAFE" y "MAPLATEX" han convenido en someter al conocimiento de un **Tribunal Arbitral de Derecho**, todas las reclamaciones de ésta última, relacionadas con los Contratos números 86-0482-5029 y 90-0203-5029, celebrados, respectivamente, en fechas 4 de agosto de 1986 y 8 de marzo de 1990. Posteriormente, en el Compromiso Arbitral de fecha 23 de setiembre de 1992, las partes convinieron "...en celebrar, como en efecto se celebra en este acto, un compromiso para someter a la decisión de **árbitros de derecho** los asuntos o materias que más adelante se indican", y luego agrega que "aun siendo un Arbitraje de Derecho, en cuanto al fondo del asunto, los árbitros tendrán las más amplias facultades para interpretar las Leyes, Decretos, Contratos y otras Normas Jurídicas, **pudiendo recurrir para ello, de ser necesario**, a la sana crítica y a **criterios de equidad**". Consecuentemente, es criterio de este Tribunal Arbitral que -en principio- debe fundamentar su decisión en las disposiciones del Derecho venezolano vigente y, como es evidente, en las reglas establecidas consensualmente por "CADAFE" y "MAPLATEX" en los contratos cuya ejecución dio origen a la presente controversia, puesto que: 1.- Los contratos tienen **fuerza de ley** entre las partes (Artículo 1.159 del Código Civil); 2.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe y **obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos**, sino a todas las consecuencias que se derivan

de los mismos, según la equidad, el uso o la ley (Artículo 1.160 *eiusdem*); y, 3.- **Los árbitros deben atenerse al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en miras las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe** (Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil). En otras palabras, el Tribunal Arbitral puede recurrir a criterios de equidad sólo **supletoriamente**, vale decir, cuando ello resulte necesario para resolver la controversia, en defecto de reglas de Derecho.

CAPITULO III

DELIMITACION DE LA CONTROVERSIA, CONFORME A LO DISPUESTO POR EL COMPROMISO ARBITRAL

Conforme al Compromiso Arbitral suscrito por las partes, corresponde al Tribunal Arbitral dirimir las diversas reclamaciones formuladas, en distintas fechas y por distintos conceptos, por “MAPLATEX” a “CADAFE”, en relación con el retardo en el cumplimiento -por parte de “CADAFE”- de los pagos que ésta debía hacer a “MAPLATEX”, de acuerdo a lo estipulado en los contratos números 86-0482-5029 y 90-0203-5029, para el suministro de contadores de energía eléctrica monofásicos y bifásicos. Según expresa el Compromiso Arbitral, en ambos contratos los retardos en el pago condujeron a que “CADAFE” otorgara prórrogas a “MAPLATEX”, por lapsos muy considerables. Las reclamaciones derivadas de los contratos números 86-0482-5029 y 90-0203-5029, que “MAPLATEX” ha formulado a “CADAFE”, consisten en lo siguiente: 1.- Reclamación por costos financieros de los contratos 86-0482-5029 y 90-0203-5029; 2.- Reclamación por costos administrativos del contrato 86-0482-5029; y, 3.- Reclamación por la pérdida causada por la venta de bonos de la deuda pública de “CADAFE” y sus correspondientes costos financieros. El Tribunal, de seguida, expone, sumariamente, los fundamentos de cada una de las reclamaciones formuladas por “MAPLATEX”, así como las defensas invocadas por “CADAFE”.

A) Reclamación por costos financieros de los contratos 86-0482-5029 y 90-0203-5029: “MAPLATEX” pretende se le indemnice por los costos financieros que ha tenido que afrontar, a consecuencia de la falta de pago oportuno, por

parte de "CADAPE", de las valuaciones cursadas y conformadas, y del retardo en el reconocimiento y posterior pago de los ajustes por diferencia de precio de los contadores de energía eléctrica entregados a "CADAPE", costos que, en criterio de "MAPLATEX", para el día 31 de agosto de 1992 ascendían a la cantidad de Cuatrocientos Cuarenta y Ocho Millones Ciento Ochenta y Tres Mil Ochocientos Cinco Bolívares (Bs. 448.183.805,00), debiendo subrayarse que "MAPLATEX" también reclama los costos financieros que llegaren a causarse hasta el pago definitivo de la indemnización (Cuadro número 1, anexo al Compromiso Arbitral). A este respecto, conviene precisar que, a tenor de lo estipulado en el contrato número 86-0482-5029, "CADAPE" se comprometió frente a "MAPLATEX" a pagar el "...noventa por ciento (90%) del valor contratado, mediante **valuaciones** acompañadas de las facturas originales y los documentos de entrega, **pagaderas dentro de los sesenta (60) días siguientes a su presentación**, previamente conformadas por el ingeniero inspector que designe CADAPE, descontando de cada valuación un cinco por ciento (5%) como fondo de garantía, el cual será reintegrado a EL CONTRATISTA dentro de los sesenta días (60) días siguientes a la recepción provisional por el total del suministro por parte de CADAPE, previa presentación de la fianza de "Buena Calidad" (Cláusula Sexta, Literal B, del Contrato); y que, a tenor del contrato número 90-0203-5029, "CADAPE" se obligó a pagar el "... ochenta por ciento (80%) del valor contratado, mediante **valuaciones** por material entregado, acompañadas de las facturas originales y los documentos de entrega conformadas por la persona que designe CADAPE, **pagaderas dentro de los sesenta (60) días siguientes a su presentación**" (Cláusula Quinta, Literal B, del Contrato). Conforme al Compromiso Arbitral (folio 23), corresponde al Tribunal Arbitral decidir si la reclamación es procedente, y si la misma -en el supuesto de que se la reputa procedente- forma parte de la contraprestación que "CADAPE" adeuda contractualmente a "MAPLATEX", por daños contractuales, o por concepto de intereses, así como el monto a pagar, si tal fuere el caso.

I.- "MAPLATEX" ha sostenido que "los costos o precios fijos en un contrato se basan en una idea fundamental: las partes cumplirán cabalmente sus obligaciones; de modo que si la deudora del precio no cumple en su oportunidad, está rompiendo unilateralmente el **equilibrio económico-financiero** tenido en cuenta por las partes al contratar, en perjuicio de la otra parte y para su propio beneficio. Por consiguiente, el mantenimiento de la llamada **ecuación 'económico-financiera'** del contrato impone que el precio contractualmente

estipulado sea mantenido en su **real valor**, en caso de falta de pago oportuno de dicho precio, de modo que el acreedor reciba el valor que fue estipulado como precio, y no un precio envilecido como consecuencia de las fluctuaciones cambiarias y de la pérdida progresiva del valor de la moneda. De no ser así, se estaría autorizando a una de las partes a alterar a su solo arbitrio el **equilibrio contractual**, y el cumplimiento de los contratos quedaría librado a la sola voluntad del deudor, con lo cual la eficacia de los mismos fallaría en su misma base. Por supuesto, en tal caso fallaría también irremediabilmente la idea básica que debe presidir el cumplimiento de los contratos según las disposiciones de los artículos 1.160 del Código Civil y 12 del Código de Procedimiento Civil; esto es, fallaría el principio de que los contratos deben cumplirse de buena fe y de que los mismos obligan no sólo a lo que de ellos resulta expresamente, sino también a todas las consecuencias que se derivan de la **equidad**, del uso y la Ley. Las consideraciones que anteceden asumen una particular importancia en un momento como el presente en que, por causa de circunstancias económicas de general conocimiento, el valor de la moneda se ve permanentemente afectado y se deteriora progresivamente como consecuencia de la inflación. Cuando la inflación incide en los contratos en fase de cumplimiento, contratados en base a un precio cierto, su efecto perturbador consiste en la ruptura de la ecuación real que subyace en la contratación. Esta **ecuación real**, que es por donde fluye la función socio-económica del contrato, **balancea** el precio cierto con un volumen real de bienes y servicios ofrecidos por el mercado al tiempo de la celebración. Este precio cierto se vacía en el tiempo en virtud de su contrapartida tangible. Es obvio que si se permitiera a los deudores retardar en el tiempo el cumplimiento de sus obligaciones sin hacerles asumir, en contrapartida, el daño causado por el retardo en el cumplimiento, el solo decurso del tiempo, por efecto de la inflación, produciría como consecuencia un desequilibrio perturbador de la ecuación económico-financiera del contrato, y un injusto enriquecimiento del deudor a expensas de su acreedor. Dicho en otras palabras, vendría a tener el efecto de destruir la equidad contractual y se haría imposible para el acreedor del precio contratado la razonable expectativa de que le sean mantenidas las condiciones económicas de la contratación. Es claro, pues, que no está legitimada Cadafe para pretender que cumple con su obligación de pagar el precio contractualmente pactado al pagarlo con retardo **sin asumir las consecuencias del retardo desde el punto de vista financiero y administrativo**, pues su incumplimiento ha producido una situación de desequilibrio en la dinámica contractual, que le ha procurado un injusto

beneficio con el correlativo perjuicio de su acreedor... Si Cadafe debía colaborar con Maplatex a los fines de los contratos que ambas partes habían celebrado, y su conducta omisiva al no pagarle oportunamente según lo acordado, ha roto el **equilibrio contractual**, trasladando a la contratista costos financieros que, de haberle pagado puntualmente, habrían estado a su cargo, mal podría aducir en su descargo que su obligación se limita al pago del interés legal, para mantener el **desequilibrio contractual** que ella misma creó y obtener a expensas de su contratista un injusto provecho en violación de lo contratado" (Compromiso Arbitral, Capítulo I.1, literal b).

II.- Por su parte, "CADAFE" contradice la pretensión de "MAPLATEX" con fundamento en las razones y defensas que se reseñan a continuación:

.1 "CADAFE" sostiene que la reclamación formulada por la empresa "MAPLATEX" es **improcedente**, ya que "... de acuerdo a la legislación venezolana, no es posible el reconocimiento de otros daños y perjuicios por el retardo en pagos de sumas de dinero que no sea la tarifa legal establecida en el artículo 1.277 del Código Civil" (Compromiso Arbitral, Capítulo I.1, literal c), a tenor del cual, a falta de convenio en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, **los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten siempre en el pago del interés legal**. En este mismo orden de ideas, "CADAFE" asevera que, como quiera que "MAPLATEX" aceptó que no habría variación en los precios unitarios o globales por ella cotizados, salvo en los casos de aumentos salariales que influyan sobre la nómina de personal utilizado directamente en la fabricación de los equipos contratados, que fuera consecuencia directa de reforma de leyes, reglamentos o decretos dictados con posterioridad a la fecha de presentación de la oferta; variación del costo de los materiales, equipos, suministros y otros insumos importados, a consecuencia directa de medidas cambiarias, arancelarias o de regulación adoptadas por el Ejecutivo Nacional con posterioridad a la fecha de la presentación de la oferta; y, finalmente, variación en el número de contadores de energía eléctrica contratados, "... constituye un verdadero despropósito pretender que se reconozcan a Maplatex incrementos en el precio final de los artículos producidos por variaciones habidas en los costos financieros, habiendo aceptado ésta de manera expresa en el contrato que **no podía haber variaciones en los precios durante el lapso de ejecución**, corriendo Maplatex con las consecuencias que

se derivaran de las faltas, descuidos, errores u omisiones cometidos por ella en el cálculo de sus costos... **Los componentes fijos e irrevisables del precio**, dentro de los cuales cabe destacar el costo financiero y los gastos administrativos, **no estaban sometidos a revisión por las partes**. De manera que si la contratista lograba economías en los costos fijos que redujeran sus costos de producción, Caaafe, desde luego, no podía pretender disminuciones en el precio final de los artículos ni la contratista estaba obligada a conceder disminuciones de precio por tal motivo... La obligación de Caaafe es una **obligación pecuniaria**, a la cual no cabe aplicar los **criterios correctivos** propios de las **obligaciones de valor**, que permiten compensar la devaluación monetaria y hacer ajustes por inflación para que la indemnización repare integralmente el daño producido... El estado actual de nuestra legislación no autoriza en modo alguno el reconocimiento de los daños mayores resultantes del retardo en el pago de sumas de dinero, reclamados por la contratista a Caaafe, pues la recta interpretación del artículo 1.277 del Código Civil no permite a los jueces, ni aun recurriendo a criterios de equidad, reconocer indemnización distinta al acreedor que no sea el pago de los intereses moratorios. La equidad y la buena fe conforman reglas de interpretación útiles para cláusulas ambiguas o en la hipótesis de lagunas contractuales, pero el juez no puede autorizarlas en presencia de cláusulas claras y precisas, siendo forzoso aplicar, a falta de estipulación expresa en el contrato, en lo referente a los daños y perjuicios causados con la mora, la tarifa legal del artículo 1.277 del Código Civil”.

.2 En criterio de “CADAFFE”, no es admisible sostener, “... para dar fundamento a la reclamación la figura del **abuso del derecho**, pues el contrato es ley entre las partes y (sic) exigir su ejecución en las condiciones estipuladas no implica el ejercicio abusivo de un derecho”;

.3 “CADAFFE” sostiene que en el caso de autos no cabe afirmar que se produjo un **enriquecimiento sin causa**, pues “... los criterios tenidos en cuenta por el legislador para la determinación del daño producido por el retardo en el pago de una suma de dinero no pueden, por el mismo hecho de ser legales, dar lugar a un enriquecimiento sin causa”;

.4 Para “CADAFFE”, “MAPLATEX” tampoco puede pretender invocar la **teoría de la imprevisión**, ya que ésta sólo puede ser aplicada en los contratos

administrativos, pero jamás ni nunca en los contratos de derecho común. En propósito, "CADAFE" afirma que "... ni aun (sic) en la esfera del Derecho Público, estaría obligada a garantizar una utilidad o beneficio económico por el suministro, pues la teoría de la imprevisión, que constituye el fundamento jurídico de alegación, exige para su aplicación que el hecho que haya producido el desequilibrio contractual resulte **anormal e imprevisible, y el simple retardo en los pagos constituye un acontecimiento perfectamente factible en cualquier negociación o contratación** cuya ocurrencia se resuelve con el pago de los intereses";

.5 En todo caso, "CADAFE" destaca que "... el mayor tiempo en la entrega de los medidores y, por lo tanto, el alargamiento del ciclo de la producción, no se origina únicamente por el supuesto retardo de Cadafe en el pago de las valuaciones, como pretende ahora sostener Maplatex, sino también en que la contratista había sufrido, según lo alegó en su oportunidad, retardos en los suministros de materias primas de origen nacional, y dificultades para la obtención de divisas necesarias para la adquisición de insumos importados, que la llevaron a solicitar una prórroga del plazo de entrega";

.6 "CADAFE" sostiene que la reclamación de la indemnización **in commento** es **improcedente**, ya que caducó el término útil para formularla, al menos en lo que se refiere al contrato número 86-0482-5029, porque a tenor de la Cláusula Novena del mismo, las partes contratantes convinieron que "dentro de los treinta días siguientes a la fecha del acta de recepción provisional del suministro, EL CONTRATISTA deberá formular por escrito a Cadafe, so pena de **caducidad, las reclamaciones que tuviere con ocasión de la ejecución del trabajo objeto del presente contrato**, las cuales deberán ser tramitadas por la unidad administrativa de Cadafe, dentro de los noventa (90) días continuos al vencimiento del citado término, salvo que por su complejidad requiera la extensión de este plazo hasta por un período adicional de noventa (90) días, en cuyo caso Cadafe notificará previamente y por escrito a LA CONTRATISTA". Comoquiera que el suministro fue recibido provisionalmente en fecha 13 de julio de 1990, y "MAPLATEX" reclamó los costos financieros -por vez primera- en fecha 14 de febrero de 1991, "... es forzoso aceptar que ha operado la caducidad y, por lo tanto, la acción intentada es improcedente con arreglo a Derecho"; y,

7 Finalmente, "CADAFE" alega que, para la hipótesis negada de que estuviere obligada a pagarle a "MAPLATEX" intereses moratorios o compensatorios, los intereses en referencia deben calcularse a partir del vencimiento del lapso contractualmente otorgado a "CADAFE" para pronunciarse sobre las reclamaciones de "MAPLATEX". Además, en criterio de "CADAFE", ella no se halla obligada a pagar la totalidad del daño sufrido por "MAPLATEX", por concepto de costos financieros, sino sólo al pago de los intereses, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 71 del Decreto número 1.802, de fecha 20 de enero de 1983, posteriormente publicado en la Gaceta Oficial número 3.111 Extraordinario, de fecha 18 de marzo de 1983. A tenor de la norma **in commento**, "cuando el pago no se hiciere en el plazo anteriormente fijado, y sólo a partir de su respectivo vencimiento, el ente público pagará al Contratista, por el tiempo que dure el retraso en el pago, **intereses a la tasa promedio de los bonos de la deuda pública interna colocados durante los seis (6) meses anteriores a la fecha de pago de los intereses correspondientes**".

B) Reclamación por costos administrativos del contrato número 86-0482-5029: La empresa "MAPLATEX" le reclama a "CADAFE" el pago de los costos administrativos derivados del Contrato, entre los cuales menciona los gastos de oficina, personal administrativo, impuestos municipales, agua, luz, teléfono y "overhead", pues, en criterio de "MAPLATEX", a pesar de que dichos costos **se distribuyen** en la estructura de precios unitarios de los contadores de energía eléctrica por ella fabricados como un porcentaje de los costos de los equipos, de los repuestos y herramientas, la no ejecución del Contrato en el tiempo originalmente contemplado por las partes, por causas no imputables a "MAPLATEX", obligó a ésta a seguir incurriendo en la alícuota de costos administrativos generales durante los períodos de prórroga convenidos, los cuales "MAPLATEX" calcula (Cuadro número 2, anexo al Compromiso Arbitral) en la suma de Veintidós Millones Quinientos Sesenta y Tres Mil Cuatro Bolívares (22.563.004,00). Conforme al Compromiso Arbitral (folio 28), corresponde a este Tribunal Arbitral resolver si la reclamación es procedente y, de estimarla procedente, indicar cuáles son los conceptos que la integran y el monto al cual asciende.

"CADAFE" contradice y rechaza la pretensión de "MAPLATEX" con fundamento en las razones y defensas que se exponen a continuación:

.1 Frente a la reclamación formulada por "MAPLATEX", "CADAFE" aduce, en primer término, que la misma es **improcedente**, toda vez que en el Contrato (Cláusula Quinta) se convino que, durante la ejecución del contrato, no podía haber variación en los precios de los contadores de energía eléctrica que aquella se obligó a suministrar a ésta "... y, teniendo en cuenta que la prórroga no es más que una extensión del plazo de ejecución originalmente convenido, no cabe entonces pretender el incremento de precio durante ese período". A tenor de la Cláusula contractual en referencia, "en el precio general estimado y convenido se encuentran incluidos conceptos, tales como el diseño, fabricación, pruebas de rutina en fábrica y cualesquiera otras operaciones o previsiones requeridas para la conversión de la materia prima o para la elaboración de los equipos, materiales o productos objeto del presente contrato, salvo indicación en contrario señalada por EL CONTRATISTA en su oferta; igualmente están incluidos los embalajes en general, **en dicho precio queda incluido cualquier otro gasto que directa o indirectamente influya en el costo, ejecución y conservación de los equipos, materiales y o productos hasta su correspondiente entrega a CADAFE. EL CONTRATISTA acepta que no podrá haber variaciones en los precios unitarios o globales cotizados por él y que forman el costo del suministro durante el lapso de ejecución del mismo y que correrá con las consecuencias que se deriven de sus faltas, descuidos, errores u omisiones cometidos en el cálculo de los costos...**".

.2 Por otra parte, "CADAFE" alega que es falso que las prórrogas del término originalmente convenido se hayan debido únicamente a su retardo en el pago de las valuaciones presentadas por "MAPLATEX", porque ésta reconoce que la prórroga obedeció a las dificultades confrontadas para la obtención de las divisas requeridas para el pago de los insumos importados, así como a los problemas que enfrentó para obtener los insumos nacionales requeridos para la fabricación de los contadores de energía eléctrica, y que, en todo caso, la solicitud y ulterior concesión de las prórrogas comportan una purga de la mora, en cuanto entrañan un "recíproco perdón de las faltas". En otras palabras, para "CADAFE" "... el hecho de haber solicitado la prórroga implica necesariamente renuncia a reclamar daños y perjuicios o incrementos en los costos durante un período que, gracias a la prórroga, se considera como una extensión del plazo originalmente acordado y sometido, desde luego, a las mismas contingencias establecidas en el contrato".

.3 Finalmente, "CADAFE" alegó que la reclamación de "MAPLATEX" es improcedente, ya que la misma fue formulada con posterioridad al lapso de **caducidad** establecido contractualmente por las partes en la Cláusula Novena del Contrato.

C) Reclamación por la pérdida causada a raíz de la venta de los bonos de la deuda pública de "CADAFE" y sus correspondientes costos financieros: En el Compromiso Arbitral (folio 28) se señala que en fecha 14 de octubre de 1988 "MAPLATEX" cedió a "SIEMENS C.A.", a **título de garantía**, las valuaciones distinguidas con los números 32 y 33, correspondientes al Contrato número 86-0482-5029, por un monto total de Cincuenta y Cuatro Millones Ciento Un Mil Cincuenta Bolívares con Veinte Céntimos (Bs. 54.101.050,20), con el objeto de que "SIEMENS C.A." prestase su aval, ante el Banco de Venezuela, para que "MAPLATEX" obtuviese un crédito por Cincuenta Millones de Bolívares (Bs. 50.000.000,00), con el cual ésta pudiese abrir y pagar Cartas de Crédito, a favor de "SIEMENS AG", que garantizasen el pago de los materiales que ésta fabrica, y que "MAPLATEX" requiriera para la fabricación de los contadores de energía eléctrica especificados en el contrato número 86-0482-5029: La cesión de las valuaciones fue notificada a "CADAFE" en fecha 18 de octubre de 1988, y aceptada por ésta en fecha 9 de noviembre de 1988. Posteriormente, "CADAFE" le propuso a "SIEMENS C.A." pagarle esas valuaciones con bonos de la deuda pública de "CADAFE", lo que fue aceptado por aquélla en fecha 2 de enero de 1989; condicionado a que "CADAFE" se comprometiese a pagar la diferencia entre el valor nominal de los Bonos y el valor de mercado que se obtuviera por la negociación de los mismos. La condición fue aceptada por "CADAFE" en fecha 5 de enero de 1988, siempre y cuando los Bonos fuesen objeto de una **negociación pública**. En fecha 9 de enero de 1989 la empresa "SIEMENS C.A." recibió Cincuenta y Cuatro Millones de Bolívares (Bs. 54.000.000,00) en bonos de la deuda pública de "CADAFE"; y la cantidad de Ciento Un Mil Cincuenta Bolívares con Veinte Céntimos (Bs. 101.050,20) en efectivo, suma que se corresponde con la diferencia existente entre el valor nominal de los bonos y el monto de las valuaciones distinguidas con los números 32 y 33; y, finalmente, en su condición de legítimo titular de los Bonos, recibió la suma de Un Millón Trescientos Setenta y Un Mil Trescientos Setenta y Cinco Bolívares con Cinco Céntimos (Bs. 1.371.375,05), por concepto de intereses. En fecha 10 de marzo de 1989, "SIEMENS C.A." vendió al Banco Provincial C.A.

los Bonos in commento, a un setenta por ciento (70%) de su valor nominal, recibiendo -por tanto- la cantidad de Treinta y Siete Millones Ochocientos Mil Bolívars (Bs. 37.800.000,00), y el día 16 de marzo de 1989 notificó a "CADAFE" de la venta realizada. Posteriormente, la Consultoría Jurídica de "CADAFE", en Memorandum dirigido a la Gerencia de Finanzas de esa Empresa, admitió la procedencia del pago de la pérdida realizada por "SIEMENS C.A." al vender los Bonos. El día 13 de marzo de 1989 "MAPLATEX", previa solicitud por parte de "SIEMENS C.A.", le giró a ésta instrucciones sobre el destino que debía darle a los fondos recibidos por "SIEMENS C.A." hasta ese momento, y -en concreto- le solicitó que: a) Depositase la cantidad de Treinta y Siete Millones Ochocientos Mil Bolívars (Bs. 37.800.000,00) en el Banco Venezuela C.A., con el objeto de pagarle parcialmente a ese Instituto el crédito contraído; y, b) Abonase el saldo al señor Winter. No obstante, en virtud de un acuerdo posterior, el saldo fue entregado al Banco Latino C.A., con el objeto de pagar parcialmente el crédito concedido por ese Instituto a "MAPLATEX" en fecha 26 de junio de 1987, con aval de "SIEMENS C.A.", por la cantidad de Ocho Millones Doscientos Cincuenta Mil Bolívars (Bs. 8.250.000,00), que había sido empleado por "MAPLATEX" y remitido a "SIEMENS AG" -según cable de fecha 2 de julio de 1987-, para pagarle a ésta la cantidad de Cuatrocientos Noventa y Dos Mil Doscientos Cuarenta y Cinco Marcos Alemanes con Ochenta y Dos Céntimos (DM 492.245,82), que "MAPLATEX" adeudaba a "SIEMENS AG", a consecuencia de la falta de pago oportuno, por parte de "CADAFE", de las valuaciones. Ahora bien, tomando en consideración la pérdida realizada al momento de vender los bonos de la deuda pública de "CADAFE", así como los intereses adeudados al Banco Venezuela C.A. y la naturaleza del compromiso ("carta de crédito") asumido en octubre del año 1988 frente al Banco y a "SIEMENS AG", en fecha 22 de marzo de 1989 "MAPLATEX" resolvió pagarle al Banco de Venezuela la cantidad de Doce Millones Trescientos Treinta y Seis Mil Treinta y Siete Bolívars con Cinco Céntimos (Bs. 12.336.037,05), y el saldo concluyó de pagarlo en fecha 24 de enero de 1990. En todo caso, el pago realizado al Banco de Venezuela C.A. en fecha 22 de marzo de 1989 imposibilitaba a "MAPLATEX" pagar al Banco Latino C.A. el crédito solicitado y, precisamente por ello, "MAPLATEX" y "SIEMENS C.A." convinieron que ésta, al cobrar la suma que "CADAFE" le adeudaba, por concepto de la pérdida sufrida al vender los bonos de la deuda pública por un valor inferior -"valor de mercado"- a su valor facial, destinaría esos fondos para así pagarle al Banco Latino C.A. la acreencia con él contraída

en fecha 26 de junio de 1987. En criterio de "MAPLATEX", la titularidad de la acreencia, consistente en la diferencia existente entre el valor nominal de los bonos de la deuda pública de "CADAFE", que ésta entregara a "SIEMENS C.A." para pagar las valuaciones números 32 y 33, y el monto al cual éstos fueron efectivamente negociados, le corresponde única y exclusivamente a "MAPLATEX", ya que fue ésta quien en fecha 24 de enero de 1990 concluyó de pagar el crédito contraído con el Banco Venezuela C.A., y es por ello que "MAPLATEX" "... con fecha 08-02-90 comenzó a reclamar directamente a Cadafe, incluyendo los daños mayores ocasionados a Maplatex por el no pago del pagaré del Banco Latino, al aplicar los fondos de que disponía al pago del pagaré del Banco de Venezuela". Finalmente, cabría agregar que el monto reclamado por "MAPLATEX" (Compromiso Arbitral, Cuadro número 3) asciende a la suma de Cincuenta y Dos Millones Quinientos Dieciséis Mil Sesenta y Cuatro Bolívars con Cincuenta y Cuatro Céntimos (Bs. 52.516.064,54), así como los costos financieros que se sigan causando hasta el pago definitivo de los conceptos reclamados.

"CADAFE" rechaza la pretensión formulada por "MAPLATEX" con fundamento en las razones y defensas siguientes:

1. "MAPLATEX" carece de cualidad ("**legitimatio ad causam**") para reclamarle a "CADAFE" el reembolso de la diferencia existente entre el **valor facial** de los bonos de la deuda pública que ésta entregara para pagar las valuaciones números 32 y 33 y el **valor de mercado** al cual fueron negociados, ya que dichos bonos le fueron cedidos -**cesión traslaticia de propiedad**- a la sociedad mercantil "SIEMENS C.A." según documento de fecha 14 de octubre de 1988, y agrega que "con la referida cesión Maplatex se desprendió de la titularidad de los derechos correspondientes y la traspasó a Siemens, de manera que es a esta última empresa y no a Maplatex a quien corresponde, en todo caso, el derecho de reclamar a Cadafe la pérdida experimentada en la venta de los referidos Bonos".

2. En criterio de "CADAFE", el reconocimiento de las eventuales pérdidas, producto de la diferencia existente entre el **valor facial** de los bonos de la deuda pública que aquella entregara para pagar las valuaciones números 32 y 33 y el **valor de mercado** al cual fueron negociados, estuvo -en todo caso- condicionado a que los Bonos fuesen negociados de manera pública en la Bolsa de

Valores, pero los recaudos existentes evidencian que los antedichos títulos fueron vendidos privadamente al Banco Provincial C.A. Consecuentemente, para “CADAFE” la pretensión de “MAPLATEX” es **improcedente**, ya que “SIEMENS C.A.” no observó las condiciones estipuladas en la comunicación distinguida con las letras y números 41000-CA-001, de fecha 5 de enero de 1989.

De conformidad con los términos del Compromiso Arbitral (folio 32 **in fine**), corresponde a este Tribunal resolver si la solicitud de “MAPLATEX” es procedente, así como el concepto por el cual ella resultare procedente y el monto de la misma, si tal fuere el caso.

CAPITULO IV DE LOS ALEGATOS Y DEFENSAS ESGRIMIDOS POR LAS PARTES, EN LA OPORTUNIDAD DE CONSIGNAR SUS ESCRITOS DE ALEGATOS

A) Alegatos y Defensas esgrimidos por “MAPLATEX”:

I.- En lo que se refiere a la reclamación por los costos financieros derivados de los contratos números 86-0482-5029 y 90-0203-5029, “MAPLATEX”, luego de reiterar en su escrito de fecha 21 de octubre de 1992 que lo que reclama es la **compensación o indemnización de daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales de “CADAFE”**, lo cual obligó a aquélla a contraer deudas bancarias, que le permitiesen cubrir notables déficits de caja y -además- procurarse capital de trabajo, para poder cumplir con las obligaciones contractuales asumidas, sostuvo que “el pago del interés legal en las circunstancias inflacionarias en que vivimos, resulta **ineficiente para... restablecer el equilibrio contractual**, que ha quedado alterado por el solo incumplimiento de la deudora” (folio 5), toda vez que, de conformidad con el artículo 1.264 del Código Civil, “las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. **El deudor es responsable de daños y perjuicios**, en caso de contravención”. A juicio de “MAPLATEX”,

la disposición contenida en el artículo 1.264 **in commento** consagra el <<**principio de la integridad del resarcimiento**>>, principio fundamental en materia de responsabilidad civil, en virtud del cual la suma pecuniaria que el deudor debe pagar al acreedor debe ser **suficiente, para restablecer el equilibrio** patrimonial alterado por el acto dañoso imputable al deudor (Escrito de Alegatos, folio 23). Consecuentemente, la recta interpretación del artículo 1.277 del Código Civil -a tenor del cual, a falta de convenio, en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten siempre en el pago del interés legal- "... no excluye que el deudor que retarda el cumplimiento de sus obligaciones pecuniarias deba resarcir los mayores daños causados por el retardo. Lo que la mencionada disposición impone al deudor es la obligación de pagar el interés legal, sin que el acreedor esté obligado a comprobar ninguna pérdida. Es a ese **mínimo de indemnización** consistente en el interés legal a lo que ha de entenderse que se refiere el legislador en la mencionada norma, cuando utiliza el adverbio 'siempre' sin referirse a otros daños, a daños mayores que puedan producirse como añadidos al monto de los intereses legales y que pudiere haber causado el retardo en el cumplimiento imputable al deudor". En defensa de su postura, "MAPLATEX" cita, entre otros autores, a Giorgi (folio 16 del Escrito de Alegatos), quien al comentar la norma de la cual deriva el artículo 1.277 del Código Civil venezolano, sostuvo que el acreedor perjudicado por el **pago tardío** puede reclamar, por una parte, lo que denomina **daños comunes**, entendiendo por tales los daños que se presumen siempre, vale decir, los intereses legales o convencionales; y por la otra, los **daños propios**, o sea, aquellos daños particulares que se produjeron en el caso **sub-iudice**, y que, por no presumirse, deben ser probados por el acreedor. Así mismo, "MAPLATEX" invocó el criterio jurisprudencial establecido en laudo de fecha 19 de febrero de 1987, dictado por el Tribunal Arbitral al cual correspondió resolver la controversia existente entre "C.A. de Administración y Fomento Eléctrico" (CADAPE) y el Consorcio Internacional Uribante (CONINTUR). En el fallo arbitral en referencia, el Tribunal, integrado por juristas de la talla de Gonzalo Parra Aranguren, José Melich Orsini y Jesús Ramón Carmona Borjas, argumentó lo siguiente en un caso análogo al presente:

"La obligación del deudor de sumas de dinero de pagar los daños excedentes de los puros intereses moratorios que causa su retardo culposo en pagar una obligación pecuniaria ha sido reconocida entre otros,

por el Código Civil alemán (art. 288), el Código de Obligaciones suizo (art. 106) y el Código Civil italiano (art. 1.244), a condición de que el acreedor, más allá de la simple mora de su deudor, compruebe la existencia de tales mayores daños. Ciertamente es que la dicción de nuestro citado artículo 1.277 de Código Civil, así como la de sus antecedentes, artículo 1.231 del Código italiano de 1865 y el artículo 1.153 del Código francés, parece excluir tal posibilidad cuando señala que, a falta de convenio al respecto o de disposiciones (legales) especiales, '... los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten **siempre** en el pago del interés legal...', pero al igual que ocurrió en la vieja doctrina italiana y francesa, no ha faltado tampoco entre nosotros quien se muestra en favor de acordar al acreedor esa **indemnización complementaria** cuando, además de la existencia de los mayores daños y de su vinculación causal al retardo del deudor en cumplir con su obligación pecuniaria, aparece comprobada la mala fe del deudor. En Francia estas consideraciones llevaron a la reforma del viejo texto del citado artículo 1.153 del Código Civil por ley del 7 de abril de 1900, agregándose a este texto un aparte redactado así: '... El acreedor a quien el retardo ha causado por su mala fe un perjuicio, independientemente de este retardo, puede obtener **daños-intereses** moratorios distintos de los intereses del crédito...'. En Italia condujo, como hemos visto, a la formulación del aludido artículo 1.244 del Código Civil, que dice: 'Al acreedor que demuestre haber sufrido un daño mayor le corresponde el ulterior resarcimiento. Esto no se debe si se ha convenido la medida de los intereses moratorios'.

... los daños compensados con el interés legal al que se refiere el artículo 1.277 del Código Civil venezolano son daños presuntos, que no necesitan ser probados por el acreedor y que se generan por el solo hecho de la mora del deudor, sin que al acreedor se le exija comprobar culpa grave del deudor. Deben por tal motivo reputarse un **mínimo de la indemnización** a que pudiera haber tenido derecho el acreedor si le hubiera sido aplicable la regla general de los artículos 1.264 y 1.271 del Código Civil, y como derogatoria de esta regla general que viene así a ser el artículo 1.278 **ejusdem**, resulta lógico atribuirle al mencionado artículo 1.277 del Código Civil una **interpretación restrictiva** y volver a la aplicación de la norma general cuando se hayan dado por comprobados, como es el caso de autos, todos los extremos necesarios para reclamar daños y perjuicios

contractuales por el incumplimiento en el pago de una obligación pecuniaria líquida y exigible" (véase la obra intitulada "Los Intereses y la Usura" - Estudios Jurídicos-; Editorial Revista de Derecho Mercantil C.A.; Caracas; 1988; páginas 425 y 426).

En idéntico orden de ideas, cabría citar el Laudo dictado en fecha 31 de octubre de 1989 por el Tribunal Arbitral integrado por los abogados y doctores Enrique Lagrange, Gonzalo Pérez Luciani y Ney Himiob, en el cual, en la oportunidad de dilucidar si resulta posible que el acreedor le reclame a su deudor moroso el resarcimiento de los mayores daños derivados del retardo culposo de su deudor, es decir, de los daños adicionales o suplementarios que se produzcan por sobre los que la ley entiende reparar mediante la atribución del derecho al interés legal, los Arbitros dictaminaron que la correcta interpretación del artículo 1.277 del Código Civil obliga a concluir que el interés legal es sólo:

"... un mínimo de la reparación a que puede tener derecho el acreedor, a quien en vista de la obtención de ese mínimo valor debido, la ley lo releva de la carga de probar que ha sufrido efectivamente algún daño. Y es que como con gran tino y oportunidad ha sido observado, 'si se admite que el interés legal de mora es el precio del uso del dinero, se debería lógicamente admitir que el acreedor probara que existen otros daños, además de los comprometidos en el interés legal', y que, en coherencia con el señalado punto de partida, la tasa de interés legal no representa un máximo insuperable. Analizando, pues, con amplio criterio lo relativo al daño que posiblemente se derive de la falta de pago oportuno de una obligación pecuniaria, se podrán distinguir allí dos distintos aspectos: el acreedor sufre, por una parte, el que ha sido justamente calificado como un perjuicio abstracto y constante, ya que no ha podido volver a colocar los fondos a interés inmediatamente: este perjuicio es reparado, de una vez por todas, por los intereses legales, pero puede, además, sufrir un perjuicio concreto y variable, por no haber podido aplicar los fondos, en el momento deseado, para un uso determinado. La indemnización pautada en el artículo 1.277 del Código Civil cubrirá entonces el aludido perjuicio abstracto y constante, el cual los antiguos prácticos designaban con la expresión 'daños comunes', cuya ocurrencia presume la ley y en relación a los cuales releva al acreedor de la carga de producir prueba alguna; el 'perjuicio concreto

y variable' ('daños propios', en la terminología antigua), no habrá de ser resarcido sino a condición de que el acreedor lo pruebe, tanto en su existencia como en su cuantía, como daño cierto, directo y previsible, según las reglas generales de la responsabilidad civil contractual.

En el orden de ideas expuesto, el adverbio 'siempre' que utiliza el artículo 1.277 del Código Civil habrá de ser entendido, no como significativo de la exclusión de una reparación ulterior... como expresión de que en todo caso la mora del deudor en pagar su obligación pecuniaria acarrea para él un deber de reparar conforme al mínimo legal pautado, **sin descartar que la reparación debida pueda llegar a ser mayor, como típica obligación de valor no sujeta al principio nominalista**, si el acreedor prueba haber sufrido un daño concreto y resarcible, mayor que el legalmente presunto" (VEGAS ROLANDO, Nicolás; "El Contrato de Obra Pública y las Indemnizaciones a que da lugar el Resarcimiento"; Editorial Jurídica, S.R.L.; Caracas; 1992; página 89).

En conclusión, para "MAPLATEX", la recta interpretación del artículo 1.277 del Código Civil obliga a concluir que esa norma reconoce, por una parte, que el retardo culposo en el cumplimiento obliga al deudor, salvo pacto en contrario, a pagarle al acreedor los intereses legales -<<mínimo legal>>-; y por la otra, que puede resultar procedente una **reparación mayor, como obligación de valor no sujeta al principio nominalista**, si el acreedor comprueba que ha sufrido un daño concreto y resarcible, superior al que la Ley presume.

Por otra parte, "MAPLATEX" ha alegado (Escrito de Alegatos, folio 31) que las relaciones derivadas de los contratos de suministro celebrados entre CADAPE y MAPLATEX bajo los Nos. 86-0482-5029 y 90-0203-5029, cuya inejecución por CADAPE ha dado lugar a la controversia, son **relaciones jurídicas de carácter mercantil** y, en lo que a éstas concierne, "... la regla de la reparación de los daños derivados de la mora en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias de CADAPE para con MAPLATEX ha de ser, por aplicación del artículo 108 del Código de Comercio y de los artículos 1.264 y 1.271 del Código Civil, la del resarcimiento integral de los daños moratorios".

A fin de fundamentar su reclamación de "daños-intereses" complementarios, la sociedad "MAPLATEX" ha alegado que los daños reclamados son consecuencia directa de la demora en que incurrió "CADAPE" en el pago de sus obligaciones contractuales. Según "MAPLATEX", "... la razón determinante por la cual a

MAPLATEX se le presentaron dificultades para obtener a tiempo los suministros de materias primas de origen nacional, así como los suministros de insumos importados que la ejecución de los contratos requería no fue otra que la falta de pago injustificada de CADATA en el cumplimiento de sus obligaciones pecuniarias contractuales para con MAPLATEX". En este mismo orden de ideas, "MAPLATEX" agrega que su solicitud de prórrogas no es una confesión de incumplimiento por parte de quien las pide, y que en el caso de autos las prórrogas obedecieron al acaecimiento de eventos que justificaron el retraso en la ejecución del contrato por parte de la contratista, toda vez que dichos eventos escaparon al control de ésta y no le son imputables.

II.- En lo que respecta a la defensa invocada por "CADATA", según la cual el reclamo de "MAPLATEX" es **improcedente**, por haber sido propuesta una vez vencido el lapso de caducidad establecido en el Contrato número 86-0482-5029, "MAPLATEX" ha argüido que su **reclamación fue formulada en fecha 2 de agosto de 1989, según carta distinguida con las letras y números GG-273/89**, dirigida a la Vicepresidencia de Finanzas de "CADATA", vale decir, dentro del lapso -y, por ende, **oportunamente**- de treinta (30) días, contados a partir de la suscripción del Acta de Recepción Provisional, que las partes otorgaron en fecha 10 de julio de 1989 (Escrito de Alegatos, folio 43). Así mismo, "MAPLATEX" alegó que los costos financieros fueron reclamados expresamente en cada una de las facturas que dicha empresa le presentara a "CADATA".

A las razones expuestas en el párrafo precedente, cabría agregar que "MAPLATEX" ha alegado que, aun cuando no hubiere formulado su reclamación dentro del lapso de caducidad contemplado en la Cláusula Novena del Contrato, "CADATA" **jamás ni nunca podría desconocer su obligación de asumir los costos financieros y administrativos, consecuencia de la falta de pago oportuno de los compromisos contractuales asumidos por ésta, que se hubieren producido con posterioridad al vencimiento del antedicho lapso de caducidad**, por cuanto mal podría caducar el derecho eventual a ser resarcido por daños aún no sufridos, y que la aludida disposición contractual tampoco resulta aplicable a los costos financieros y administrativos que se hubieren causado, a raíz del incumplimiento de "CADATA", con anterioridad al

vencimiento del plazo de caducidad de treinta (30) días, previsto en la antedicha Cláusula. A juicio de "MAPLATEX", la Cláusula Novena del contrato se refiere -única y exclusivamente- a las **reclamaciones derivadas de la ejecución del trabajo contratado**, y pretender que las reclamaciones de "MAPLATEX" por costos financieros y administrativos surgen con ocasión de la ejecución del trabajo objeto de este contrato, y que -por lo tanto- las antedichas reclamaciones debieron ser planteadas, so pena de caducidad, "... dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha del Acta de recepción provisional del suministro, implicaría someter toda la economía del contrato a dicha cláusula, y por tanto también aplicarla al pago de los precios o contraprestaciones debido por CADAFE, incluso si los mismos fueron oportunamente facturados, en evidente violación de las disposiciones contractuales...".

En el mismo orden de ideas, "MAPLATEX" ha alegado que los daños que le ocasionó la falta de pago oportuno de la contraprestación debida por "CADAFE" a aquélla, no sólo son imaginables o previsibles, sino también perfectamente conocidos en la economía del presente; que "MAPLATEX" no podía saber, para la fecha del vencimiento del lapso de treinta (30) días, contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Recepción Provisional del Suministro, cuál era el monto de su reclamación, porque la demora en el pago se prolongó por un largo período de tiempo, al extremo de que "CADAFE" pagó valuaciones una vez transcurridos catorce (14) meses, contados a partir de la fecha de la antedicha acta; y que el precio convenido en el contrato, como contraprestación por la fabricación y suministro de medidores de energía eléctrica, no podía ser pagado por el deudor cuando lo estimase conveniente, pues "MAPLATEX" tenía derecho "... a recibir dicha parte del precio con independencia de cualquier acto de 'reconocimiento' o trámite interno por parte de CADAFE; y que las consecuencias del retardo en el pago de dicho precio deben estar a cargo de CADAFE, por causa de su incumplimiento, con prescindencia de los actos del llamado 'reconocimiento'". A mayor abundamiento, "MAPLATEX" ha sostenido la tesis de que el reconocimiento por parte de "CADAFE" no es otra cosa que un acto administrativo interno de esa empresa, por ésta realizado a los fines de la tramitación de los ajustes reclamados, y que, consecuentemente, el derecho que asiste a "MAPLATEX" para el cobro de los mismos no se halla subordinado, ni tampoco depende, del referido acto de reconocimiento (Escrito de Alegatos, folio 52).

III.- En lo que se refiere a la defensa esgrimida por "CADAFE", según la cual dicha empresa no se encontraría obligada a pagar la totalidad de los daños sufridos por "MAPLATEX", a consecuencia de las demoras en que aquélla incurrió en las oportunidades en que le correspondió pagar las distintas valuaciones presentadas, que "CADAFE" fundamenta en el artículo 71 del Decreto 1.802, de fecha 20 de enero de 1983, posteriormente publicado en la Gaceta Oficial número 3.111 Extraordinario, de fecha 18 de marzo de 1983, a tenor del cual "... el ente público pagará al Contratista, por el tiempo que dure el retraso en el pago, intereses a la tasa promedio de los bonos de la deuda pública interna colocados durante los seis (6) meses anteriores a la fecha de pago de los intereses correspondientes", "MAPLATEX" arguye lo siguiente:

.1 El Decreto número 1.802, contentivo de las "Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras", no resulta aplicable al contrato número 90-0203-5029, porque se trata de una **instrucción de servicio** y, por lo tanto, las normas del Decreto, dada su naturaleza jurídica, sólo son obligatorias para "...los funcionarios titulares de cargos u órganos a quienes compete la contratación de la ejecución de obras en representación de los respectivos entes estatales. A ellos les corresponde poner la diligencia de incluir, bajo la forma de estipulaciones de los respectivos contratos, las mencionadas previsiones, o bien hacer que, caso por caso, se incluya en cada uno de dichos contratos una estipulación expresiva de un reenvío genérico, por efecto de la cual las mismas vengán a incorporarse al contenido de tales negocios y adquieran así rango adecuado para regular las relaciones jurídicas que en cada situación esos contratos hagan surgir entre el ente contratante y el particular que se obligue para con él a la ejecución de una cierta obra. El desconocimiento del contenido de las instrucciones presidenciales no podría en cambio determinar que el contrato fuese considerado como viciado, porque ello equivaldría a atribuir a meras instrucciones de servicio una categoría de normas legales que no tienen. Mucho menos podía considerarse, en ausencia de remisión expresa que tales instrucciones formen parte del contenido del contrato que las ha ignorado", como es el caso, precisamente, del contrato número 90-0203-5029.

.2 El Decreto 1.802 **no resulta aplicable** al Contrato **in commento**, porque dicho convenio no es un contrato de obra y, mucho menos, un contrato de obra pública. Trátase, por el contrario, de un contrato de suministro de equipos,

celebrado en el ámbito del Derecho privado y regido por normas del Derecho común, y, consecuentemente, resulta inadmisibile que se pretendan regular las relaciones contractuales mediante las “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras”.

.3 En lo que concierne al Contrato número 86-0482-5029, en el cual las partes sí hicieron expreso reenvío al Decreto 1.802, “MAPLATEX” sostiene que, **a pesar del aludido reenvío, el artículo 71 de las “Condiciones Generales de Contratación para Ejecución de Obras” no resulta aplicable a dicho Contrato**, toda vez que, para que resultare aplicable el artículo 71 **in commento**, y consecuentemente procediere el pago de los intereses allí establecidos, se requería la elaboración de un Cronograma de Pago que nunca fue elaborado, y ante esa omisión, resulta inaplicable la norma invocada. Conforme al artículo 71 del Decreto 1.802, “para que proceda el pago de los intereses aquí estipulados se requerirá, además, que el monto de la valuación que los origina esté debidamente previsto en el Presupuesto del ente público, vigente para el momento de la presentación de aquélla. A tales efectos, el ente público conjuntamente con el Contratista, elaborarán un Cronograma de Pago en el cual se indicarán el o los ejercicios presupuestarios en que se pagará la obra, con señalamiento expreso de la cantidad asignada a ese fin en cada uno de esos ejercicios. El referido Cronograma de Pago debidamente firmado por los contratantes, formará parte del contrato”. Adicionalmente, “MAPLATEX” alega que “CADAFE nunca consideró aplicable el artículo 71 del Decreto 1.802 al contrato en referencia, ni, por supuesto, a las reclamaciones bajo análisis; como tampoco lo ha considerado nunca MAPLATEX; CADAFE no cumplió los requisitos que estaban a su cargo para dar aplicabilidad al artículo 71 del Decreto N° 1.802. Nunca las partes actuaron bajo la idea de que dicho artículo fuera aplicable, y nada en su conducta o actitudes en la fase de ejecución del contrato, o posteriormente, permite sustentar la aplicabilidad del mencionado artículo 71” (Escrito de Alegatos, folio 66).

.4 En criterio de “MAPLATEX”, aun cuando el artículo 71 del Decreto 1.802 fuere aplicable al Contrato número 86-0482-5029, “... dicho artículo no tendría otro sentido que el de establecer el pago **mínimo** que debería hacer CADAFE de incurrir (como incurrió) en mora al pagar las valuaciones que se generaren a cargo suyo, como consecuencia de la ejecución del contrato y para compensar (en parte) los daños que dicho retardo llegare a inferir a su contraparte. La

causación de tales intereses debe entenderse en el mismo sentido en que debe ser interpretado, de acuerdo con lo alegado anteriormente, el artículo 1.271 del Código Civil: como establecedor de una indemnización correspondiente a los daños derivados de la mora en pagar las respectivas cantidades de dinero, a título de un **mínimo resarcimiento** debido y sin necesidad de que el acreedor hubiere de probar pérdida alguna... Mas dicha disposición no debería ser interpretada como significativa del máximo al cual tendría derecho el acreedor por concepto de reparación de daños derivados de la mora en el pago de las correspondientes cantidades de dinero, los cuales deberían ser (como deben serlo en el presente caso) **íntegramente reparados...** ”.

IV.- En lo concerniente a la reclamación formulada por “MAPLATEX”, por concepto de mayores costos administrativos en que esa Empresa incurriera al ejecutar el Contrato número 86-0482-5029, a consecuencia del retardo culposo de “CADAFE” en el pago de sus obligaciones, “MAPLATEX”, luego de afirmar que la **causa eficiente** del incremento en los costos administrativos fue la **mora** de “CADAFE”; que los antedichos costos se distribuyen en la estructura de precios unitarios convenida por las partes como un **costo directo**; y, que si el **tiempo normal de ejecución** del contrato se prolonga por causas no imputables al proveedor, sin que aumente la obra ejecutada, los costos administrativos se incrementan irremediabilmente, destaca que, a su juicio, “... no hay razón para creer que habiéndose pactado expresamente en los contratos que los costos administrativos durante el ciclo operativo estuvieran a cargo de CADAFE, las partes pudieran haber querido que no lo estuvieran precisamente durante el período sucesivo de alargamiento de dicho ciclo productivo, sin incremento de las cantidades de obra contratadas; que no es lógico atribuir a la voluntad de las partes y a los propósitos seguidos por ellas al contratar el considerar que no estarían a cargo de la deudora (CADAFE) los costos administrativos producidos durante el período del retardo de la ejecución del contrato por causa imputable a CADAFE; que no hay razón para cargar esos mayores costos a MAPLATEX, siendo así que los mismos se deben a retardos imputables a CADAFE, quien se **evitó** dichos costos y los **trasladó** prácticamente a MAPLATEX; y que no es justo que CADAFE, por el comportamiento ilícito suyo, consistente en el incumplimiento de la obligación de hacer oportunamente a MAPLATEX los pagos debidos a ésta en razón del contrato, pretendiera alterar **impunemente** el equilibrio contractual...” (Escrito de Alegatos, folio 77). En palabras de

“MAPLATEX”, el reclamo obedece al incumplimiento, por parte de “CADAFE”, de las obligaciones contractuales asumidas; los incumplimientos de “CADAFE” son hechos sobrevenidos a la celebración del contrato, que constituyen **actos de ilicitud** en las relaciones privadas entre las partes contratantes; los daños reclamados fueron inferidos **injustamente** por “CADAFE” a “MAPLATEX”, por la mora en que incurriera aquélla; y, consecuentemente, “CADAFE” se halla obligada a reparar los daños y perjuicios que **injustamente** hizo sufrir a “MAPLATEX”.

V.- En lo que relativo a la defensa invocada por “CADAFE”, conforme a la cual la reclamación por mayores costos administrativos formulada por “MAPLATEX” sería improcedente, ya que el ciclo productivo se extendió a consecuencia de las prórrogas convenidas por las partes, “MAPLATEX” sostiene que la verdadera causa de su atraso y, por tanto, de los mayores costos administrativos por ella incurridos, es la falta de pago oportuno por parte de “CADAFE” y, en propósito, subraya los siguiente: En lo que al Contrato número 86-0482-5029 se refiere, la deuda acumulada de “CADAFE” durante el período enero-diciembre de 1987 ascendió a la cantidad de Treinta y Siete Millones Quinientos Cuarenta y Seis Mil Sesenta Bolívars con Treinta y Dos Céntimos (Bs. 37.546.060,32), suma para aquel entonces equivalente a Dos Millones Quinientos Noventa Mil Dólares Estadounidenses (\$ 2.590.000,00), aproximadamente, y durante el período enero-diciembre de 1988, la aludida deuda alcanzó la cifra de Ciento Dieciocho Millones Ochocientos Veintidós Mil Cien Bolívars (Bs. 118.822.100,00), es decir, Ocho Millones Doscientos Mil Dólares Estadounidenses (\$ 8.200.000,00), aproximadamente, y “... de haber pagado CADAFE oportunamente, los problemas con los proveedores hubieran podido resolverse a través de los mecanismos comerciales usuales, dación de garantías, apertura de cartas de crédito u otros de parecida índole”.

VI.- En su Escrito de Alegatos (folio 82) “MAPLATEX”, en la oportunidad de rebatir la alegada caducidad de la reclamación por mayores costos administrativos, invocó nuevamente el contenido de su carta de fecha 2 de agosto de 1989, distinguida con las letras y números GG-273/89, dirigida por ésta a la Vicepresidencia de Finanzas de “CADAFE” dentro del lapso -y, por

ende, **oportunamente**- de treinta (30) días, contados a partir de la suscripción del Acta de Recepción Provisional, que las partes otorgaron en fecha 10 de julio de 1989.

VII.- De conformidad con la reseña de antecedentes realizada por "MAPLATEX" en su Escrito de Alegatos (folios 83 y siguientes), dicha Empresa alega que en fecha 17 de octubre de 1988, mediante documento autenticado, cedió a "SIEMENS C.A.", a **título de garantía**, un crédito que para entonces tenía contra "CADAPE", que ascendía a la suma de Cincuenta y Cuatro Millones Ciento Un Mil Cincuenta Bolívares con Veinte Céntimos (Bs. 54.101.050,20), correspondiente a las valuaciones de obra ejecutada distinguidas con los números 32 y 33, de fecha 23 de septiembre de 1988, derivadas de la ejecución del contrato número 86-0482-5029, suscrito entre "MAPLATEX" y "CADAPE". La cesión en referencia tenía como propósito garantizar las resultas del aval que "SIEMENS A.G." otorgó -por cuenta de "MAPLATEX"- frente al Banco de Venezuela Internacional, con sede en Miami, por la cantidad de Cincuenta Millones de Bolívares (Bs. 50.000.000,00), para obtener un crédito por ese monto, destinado a la apertura y el pago de cartas de crédito a favor de "SIEMENS A.G.", para la compra de los materiales necesarios para la fabricación de contadores eléctricos destinados a la ejecución del Contrato **in commento**. La cesión en garantía le fue notificada a "CADAPE" en fecha 18 de octubre de 1988, y "CADAPE" se dio por notificada el día 9 de noviembre de 1988, mediante carta distinguida con el número 41110-2332. Posteriormente, "CADAPE" le propuso a "SIEMENS S.A." pagarle las antedichas valuaciones con bonos de la deuda pública de "CADAPE", lo cual fue aceptado por "SIEMENS S.A.", mediante carta de fecha 2 de enero de 1989, a condición de que "CADAPE" le pagase cualquier diferencia que pudiese existir entre el valor nominal de los bonos y el valor de mercado (valor de realización) que "SIEMENS C.A." obtuviera al momento de negociarlos. "CADAPE" aceptó que el negocio se sometiese la condición indicada por "SIEMENS C.A.", mediante carta fechada el 5 de enero de 1989, distinguida con las letras y números 41000-CA-001, siempre y cuando los bonos fueran objeto de enajenación en **negociación pública**.

De acuerdo a lo convenido, el día 9 de enero de 1989 "SIEMENS C.A." recibió de "CADAPE" Cincuenta y Cuatro Millones de Bolívares (Bs. 54.000.000,00)

en bonos de la deuda pública de "CADAFE", y -además- recibió, en dinero efectivo, la cantidad de Ciento Un Mil Cincuenta Bolívares con Veinte Céntimos (Bs. 101.050,20), por concepto de la diferencia existente entre el valor nominal de los bonos y el importe de las valuaciones números 32 y 33, previamente cedidas por "MAPLATEX" a "SIEMENS C.A.", según documento de fecha 17 de octubre de 1988. Adicionalmente, "SIEMENS C.A." recibió la suma de Un Millón Trescientos Setenta y Un Mil Trescientos Setenta y Cinco Bolívares con Cinco Céntimos (Bs. 1.371.375,05), por los intereses que los bonos produjeron mientras fue su legítima titular.

En fecha 10 de marzo de 1989, "SIEMENS C.A." le vendió los aludidos bonos al Banco Provincial, al setenta por ciento (70%) de su valor nominal, recibiendo -por lo tanto- la cantidad de Treinta y Siete Millones Ochocientos Mil Bolívares (Bs. 37.800.000,00). Ahora bien, con anterioridad a la celebración del negocio de compra-venta con el Banco Provincial, "SIEMENS C.A." se había dirigido al Banco de Venezuela S.A.I.C.A.-S.A.C.A., a fin de proponerle la venta de los antedichos bonos, pero el Banco rechazó la proposición mediante carta fechada el 24 de febrero de 1989, y le recomendó a "SIEMENS C.A." se dirigiese a un corredor público de títulos valores, que pudiera negociar en el mercado los bonos en referencia. Es así como "SIEMENS C.A." le solicitó a la firma Pérez-Graham y Cía. que negociase los Bonos, pero dicha firma le comunicó a aquélla, mediante carta de fecha 27 de febrero de 1989, que sus "... esfuerzos por vender en el mercado sus bonos de la referencia, se vieron afectados por la falta de compradores, ello creemos, debido a la persistente falta de liquidez que ha tenido tiempo se viene confrontando en el país que ha afectado significativamente el mercado de títulos valores, llevándolo a la baja", y luego agregó que el día 16 de febrero de 1989 se había celebrado en la Bolsa de Valores "... la primera operación de este tipo de bonos, por Bs. 5.000.000 al precio de Bs. 70%, pero el mercado hasta esa fecha había estado carente de demanda alguna de dichos bonos; y creemos, dada la pasividad actual del mercado para este tipo de papel, a pesar de ser de interés variable, que el precio pudiera debilitarse aún más". En atención a la opinión que expresaran los corredores a quienes "SIEMENS C.A." se dirigió para procurar vender los bonos de la deuda pública que recibiera de "CADAFE", aquélla resolvió vendérselos al Banco Provincial, al setenta por ciento (70%) de su valor facial, con una pérdida de Dieciséis Millones Doscientos Mil Bolívares (Bs. 16.200.000,00).

Así mismo, "MAPLATEX" subraya que la Consultoría Jurídica de "CADAPE", mediante Memoranda distinguidos con los números 0030 y 022, de fechas 12 de marzo de 1990 y 25 de enero de 1991, dirigidos a la Vicepresidencia Ejecutiva y a la Dirección de Economía y Finanzas de "CADAPE", respectivamente, consideró **procedente** el pago de la diferencia existente entre el valor nominal y el valor de negociación de los bonos pues, en criterio de esa Consultoría:

"Se interpreta que el establecimiento de la condición convenida por las partes de que los bonos se vendieran a través de un proceso de oferta pública, tuvo por finalidad que se obtuviera en su realización el precio de mercado en que se cotizaban los mismos. Ello tendía a evitar que, mediante artificios o concertación con un comprador privado, los bonos fueran vendidos por un precio menor al de su valor de cotización en el mercado, a los fines de obtener un enriquecimiento indebido en detrimento de los intereses de CADAPE, a sabiendas que la Compañía se había obligado a reconocer la diferencia entre su valor nominal y el precio de venta.

De los recaudos anexados que guardan relación con la tramitación de la venta de los títulos, se evidencian los siguientes hechos:

- Que para la época de colocación de los bonos (9-01-89) no existía mayor demanda en el mercado (entiéndase Bolsa de Valores) para la adquisición de los mismos.
- Que para el momento en que fueron vendidos (16-03-89) se realizaron muy pocas operaciones sobre esta clase de títulos.
- Que el valor de cotización en el mercado se situó en un setenta por ciento (70%) de su valor nominal.
- Que el comprador fue un instituto bancario de sólida y acreditada reputación, cuya actividad está regulada con una legislación especial que le obliga a realizar sus operaciones con la mayor transparencia.

La veracidad de este cúmulo de circunstancias muy especialmente las que se refieren a la demanda de los bonos y al precio pagado por ellos en las

transacciones llevadas a cabo en la Bolsa de Valores, cuya verificación es de fácil comprobación, conduce a inferir que no obstante el no haberse negociado los títulos mediante oferta pública, se logró el objetivo perseguido por la condición impuesta, es decir, que se obtuviera por los bonos un precio similar al de su cotización en el mercado. **Ello nos lleva a la conclusión de considerar procedente la solicitud de reconocimiento formulada por Siemens, C.A. en el caso en estudio.**

Sin embargo es conveniente advertir que si se demostrase que entre la fecha de recepción de los títulos y su venta por parte de Siemens, C.A., se efectuaron transacciones en la Bolsa de Valores por un precio superior al convenido con el comprador, CADAFE sólo estaría obligada a reconocer la diferencia existente entre ese mayor precio y el valor facial de los bonos. Con ello queremos significar que sólo en el caso que los bonos no se hayan cotizado en base a su valor... en el mercado, resultaría improcedente la solicitud de reconocimiento”.

En propósito, “MAPLATEX” solicitó y obtuvo de la Bolsa de Valores de Caracas **certificación** de fecha 16 de octubre de 1992, en la cual esa Institución bursátil dejó constancia de que durante el período comprendido entre el 9 de enero de 1989 y el 16 de marzo de 1989, sólo se había realizado una operación que tuviese por objeto Bonos de la Deuda Pública de “CADAFE” (Tercera Emisión, al 12,5%), y que en la misma los títulos se habían negociado al setenta por ciento (70%) de su valor facial.

Posteriormente, mediante carta fechada el 10 de marzo de 1989, “SIEMENS C.A.” le solicitó a “MAPLATEX” le girase **instrucciones**, acerca del destino que aquélla debía darle a los fondos recibidos; conforme a la narración contenida en los párrafos que anteceden. En fecha 13 de marzo de 1989 “MAPLATEX” **instruyó** a “SIEMENS C.A.” que depositase la cantidad de Treinta y Siete Millones Ochocientos Mil Bolívares (Bs. 37.800.000,00) en el Banco de Venezuela, para imputarlos al pagaré que, por la suma de Cincuenta Millones de Bolívares (Bs. 50.000.000,00), “MAPLATEX” adeudaba a ese Banco. Asimismo, “MAPLATEX” le giró instrucciones a “SIEMENS C.A.”, a fin de que le abonase el saldo a la empresa “SIEMENS A.G.” (señor Winter). No obstante, en virtud de acuerdo posterior, el saldo fue pagado al Banco Latino, para que éste lo imputara al pagaré de fecha 26 de junio de 1987, avalado por “SIEMENS

C.A.", cuyo importe ascendía, para la fecha del aludido pago, a la cantidad Ocho Millones Doscientos Cincuenta Mil Bolívares (Bs. 8.250.000,00). Según la empresa "MAPLATEX", ésta contrajo la deuda con el Banco Latino para proveerse de los fondos que requería para pagarle a "SIEMENS A.G." la suma de Cuatrocientos Noventa y Dos Mil Doscientos Cuarenta y Cinco Marcos Alemanes con Ochenta y Dos Céntimos (DM 492.245,82), que "MAPLATEX" adeudaba a "SIEMENS A.G." y no había podido pagarle, a consecuencia de la mora de "CADAFE".

Por otra parte, al venderse los Bonos y producirse la pérdida anteriormente señalada, la causación de intereses en el préstamo concedido por el Banco Venezuela a "MAPLATEX", y la naturaleza del compromiso que "MAPLATEX" asumió frente al Banco y a "SIEMENS C.A.", en fecha 22 de marzo de 1989 la empresa "MAPLATEX" tuvo que pagarle al Banco de Venezuela la cantidad de Doce Millones Trescientos Treinta y Seis Mil Treinta y Siete Bolívares con Cinco Céntimos (Bs. 12.336.037,05), con lo cual quedó adeudándole la suma de Dos Millones Quinientos Mil Bolívares (Bs. 2.500.000,00), saldo este que fue pagado en fecha 24 de enero de 1990. Ahora bien, según "MAPLATEX", el **pago efectuado al Banco de Venezuela le impidió a aquélla pagarle al Banco Latino** el saldo que aún le adeudaba en virtud de un pagaré avalado por "SIEMENS C.A." y, precisamente por ello, en aquella oportunidad "SIEMENS C.A." y "MAPLATEX" acordaron que "SIEMENS C.A.", al cobrar la suma de Dieciséis Millones Doscientos Mil Bolívares (Bs. 16.200.000,00), que "CADAFE" le adeudaba por concepto de la pérdida sufrida en la oportunidad en que se vendieron los bonos, le pagaría al Banco Latino el pagaré pendiente de pago. Comoquiera que la empresa "MAPLATEX" le pagó al Banco de Venezuela el antedicho pagaré en fecha 24 de enero de 1990, la acreencia frente a "CADAFE", producto de la pérdida al vender los bonos, pasó a ser de la titularidad de "MAPLATEX", quien, a partir del día 8 de febrero de 1990, le comenzó a reclamar a "CADAFE" el pago de la diferencia existente entre el valor facial de los bonos y su valor de realización, añadiendo a su reclamación los mayores daños que "MAPLATEX", a título de costos financieros, sufría a consecuencia del retardo en el cual había incurrido para el pago del pagaré del Banco Latino. El monto total de la reclamación por la pérdida producto de la venta de los bonos de la deuda pública de "CADAFE", y los costos financieros producto de la mora de "CADAFE" en pagar la anotada diferencia, asciende a la cantidad de Cincuenta y Dos Millones Quinientos Dieciséis Mil Sesenta y

Cuatro Bolívars con Cincuenta y Cuatro Céntimos (Bs. 52.516.064,54), la cual puede ser discriminada de la siguiente manera: 1.- La suma de Dieciséis Millones Doscientos Mil Bolívars (Bs. 16.200.000,00), por concepto de la diferencia ("pérdida") existente entre el valor nominal de los bonos y el valor al cual fueron vendidos; 2.- La suma de Treinta y Seis Millones Trescientos Dieciséis Mil Sesenta y Cuatro Bolívars con Cincuenta y Cuatro Céntimos (Bs. 36.316.064,54), a título de los mayores costos financieros en que incurrió "MAPLATEX", a raíz de la mora de "CADAFE" en el pago del monto indicado en el numeral precedente. Además, la empresa "MAPLATEX" subraya que su reclamación incluye los costos financieros que pudieren causarse hasta el pago definitivo de los conceptos reclamados.

VIII.- En lo relativo a la defensa esgrimida por "CADAFE", conforme a la cual "MAPLATEX" carece de cualidad para reclamarle el reembolso de la pérdida producto de la venta de los bonos, habida cuenta de que dichos bonos le fueron cedidos por la prenombrada empresa a "SIEMENS C.A.", mediante documento de fecha 14 de octubre de 1988, "MAPLATEX" ha alegado, por una parte, que "... la cesión de crédito hecha por Maplatex a Siemens C.A. lo fue, como se dice y reitera a lo largo de su texto, efectuada con fines de garantía" (Escrito de Alegatos, folio 91); y por la otra, que, conforme a lo dispuesto en la Cláusula Compromisoria suscrita en fecha 9 de septiembre de 1992, según la cual la reclamación relativa a la pérdida derivada de la venta de los bonos quedaba supeditada a que "SIEMENS C.A." renunciara, a favor de "MAPLATEX", a los derechos que pudieren corresponderle por tal concepto, la sociedad mercantil "SIEMENS C.A.", mediante carta fechada el 7 de septiembre de 1992, le expuso a "CADAFE" lo siguiente:

"Por medio de la presente queremos informarles que Maplatex nos ha comunicado que se encuentra en un proceso de arbitraje con CADAFE, por reclamaciones varias entre las que figuran la pérdida que por Bs. 16.2 MM sufriera nuestra Empresa, con ocasión de la venta de los Bonos de la Deuda Pública de CADAFE con la que esa Empresa nos canceló las Valuaciones de la referencia y que motivó nuestra Nota de Débito # 210 de fecha 16.03.1989.

En razón de esta información, queremos poner en su conocimiento que Maplatex canceló con fecha 24.01.90, un pagaré por 50 MM Bs. que

Siemens avaló ante el Banco de Venezuela. Por cuanto la cesión de las valuaciones 32 y 33 del Contrato # 86-0482-5029, fue efectuada por Maplatex en calidad de garantía de este aval, desde aquella fecha (24.01.90), **finiquitó en derecho la cesión** referida, por lo cual el pago de los 16.2 MM Bs. adeudado deben efectuarlo ustedes a Maplatex C.A.”.

Consecuentemente, “MAPLATEX” ha sostenido que la cesión de crédito fue realizada a título de garantía, para asegurar el aval otorgado por Siemens C.A. -por cuenta de “MAPLATEX”- al Banco de Venezuela, y comoquiera que el pagaré avalado por Siemens fue oportunamente pagado, la antedicha cesión quedó sin efecto. Según “MAPLATEX”, “el origen de todas estas negociaciones, la cesión de crédito misma y la circunstancia de que Siemens C.A. se viera, por su parte, precisada a aceptar que CADAFE en vez de pagarle en dinero, como debía, le pagara en bonos de la deuda pública... no tiene otra explicación ni otra cosa que la mora en que CADAFE venía incurriendo en cuanto al pago de sus obligaciones vencidas. Todo forma parte de una misma cadena de hechos causales: la mora en que CADAFE incurrió determinó el atraso de MAPLATEX en el pago de las deudas que se vio obligada a contraer para proveer a la ejecución de su contrato con CADAFE; pero estas deudas que contrajo a su vez MAPLATEX produjeron costos financieros que MAPLATEX hubo de satisfacer, sin que, en definitiva, CADAFE honrara el compromiso de pagar la correspondiente diferencia que se reclama ahora y que se produjo en la negociación de los bonos de la deuda pública, por cuyo cobro Siemens habría debido obtener un pago completo de los bonos que le habían sido entregados por CADAFE. Cesado el efecto de la cesión. MAPLATEX ha reasumido legitimación para formular, como lo está haciendo, a CADAFE, la reclamación” (Escrito de Alegatos, folio 93).

IX.- En lo que se refiere al argumento esgrimido por “CADAFE”, según el cual la reclamación de la pérdida sufrida al vender los Bonos por un valor inferior a su valor nominal es **improcedente**, ya que los antedichos bonos no fueron negociados de manera pública en la Bolsa de Valores, obviando la condición convenida entre “CADAFE” y “SIEMENS C.A.”, “MAPLATEX” reitera los argumentos resumidos en el numeral VII, folios 31 y siguientes, del presente Laudo, los cuales, por causa de brevedad, se dan aquí íntegramente por reproducidos.

X.- Finalmente, en lo relativo a la defensa invocada por “CADAFE”, conforme a la cual esa Empresa, a consecuencia de su mora en el pago de sus obligaciones, sólo se halla obligada a pagarle a “MAPLATEX” los intereses legales (artículo 1.277 del Código Civil), por causa de brevedad, se dan aquí por reproducidos los argumentos de la contra-argumentación realizada por “MAPLATEX”, que no son otros que los reseñados en el numeral 1, folios 19 y siguientes, del presente Laudo.

B) Alegatos y Defensas esgrimidos por “CADAFE”:

I.- En primer término, “CADAFE” destaca que, en virtud del Contrato número 86-0482-5029, “MAPLATEX” se comprometió a suministrarle a “CADAFE”, por su exclusiva cuenta, con sus propios elementos, en perfectas condiciones y a la entera satisfacción de “CADAFE”, Doscientos Diecisiete Mil (217.000) medidores monofásicos y Setenta y Seis Mil (76.000) medidores bifásicos, por la cantidad de Ciento Veintiocho Millones Cinco Mil Bolívares (Bs. 128.005.000,00). En este mismo orden de ideas, “CADAFE” subraya que en el Contrato número 90-0203-5029 “MAPLATEX” se obligó a suministrarle a aquélla Cincuenta Mil (50.000) contadores monofásicos y Ciento Noventa Mil (190.000) contadores bifásicos. Según “CADAFE”, en ambos contratos “... el concepto precio comprendía, según se expresa en ellos, el diseño, fabricación, pruebas de rutina de fábrica y cualesquiera otras operaciones o previsiones requeridas para la conversión de la materia prima o para la elaboración de los equipos, materiales o productos del contrato, salvo indicación en contrario del contratista en su oferta, embalajes y cualquier otro gasto que directa o indirectamente influyera en el costo, ejecución y conservación de los equipos, materiales o productos hasta su correspondiente entrega a Cadafe”, y -consecuentemente- **“la contratista Maplatex convino expresamente en que no podía haber variaciones en los precios unitarios o globales cotizados y que formaban el costo del suministro durante el lapso de ejecución de los mismos (vale decir, de los contratos), en el entendido que ella asumiría el riesgo de las faltas o errores cometidos en el cálculo de los costos unitarios o globales, excepto en los casos de: 1°) Variaciones en la cantidad de suministro; 2°) Aumentos salariales que influyeran sobre la nómina del personal utilizado directamente en la fabricación de los equipos objeto del contrato, que fueran consecuencia directa de la reforma de leyes, reglamentos**

o decretos dictados con posterioridad a la fecha de la presentación de la oferta por la contratista; 3°) Aumento o disminución, cuando el precio de los materiales, equipos, suministros y otros insumos importados variasen como consecuencia directa de medidas cambiarias, arancelarias o de regulación adoptadas por el Ejecutivo Nacional con posterioridad a la fecha de presentación de la oferta". Igualmente, "CADATA" destaca el hecho de que en el Contrato distinguido con el número 86-0482-5029 "MAPLATEX" confrontó problemas con el suministro de materias primas nacionales e importadas, y que, de acuerdo a lo admitido por la prenombrada Empresa, las prórrogas solicitadas por "MAPLATEX", y el consecuente atraso en la entrega de los contadores de energía eléctrica, obedeció a las dificultades que "MAPLATEX" enfrentó al adquirir las materias primas que requería. En propósito, "CADATA" invocó el contenido de las siguientes comunicaciones, enviadas por "MAPLATEX" a "CADATA": 1.- GG-036-87, de fecha 23 de febrero de 1987, por intermedio de la cual "MAPLATEX" le comunicó a "CADATA" la imposibilidad que tenía de cumplir con las entregas, por las dificultades en la obtención de las divisas necesarias (dólares preferenciales) para la adquisición de la materia prima importada; 2.- GG-171-87, de fecha 3 de septiembre de 1987, a través de la cual "MAPLATEX" solicitó una prórroga de trescientos treinta (330) días, para la entrega de los medidores; 3.- GG-209-87, de fecha 2 de noviembre de 1987, en la cual "MAPLATEX" solicitó la reconsideración de los precios de los contadores suministrados y por suministrar, desde el 1° de enero de 1987; 4.- Telex distinguidos con los números 50290-0327 y 5290-0328, de fecha 22 de diciembre de 1987, mediante los cuales "CADATA" le solicitó a "MAPLATEX", a los fines de la reconsideración de los precios de los contadores, la presentación de diversos documentos, por considerar que la información suministrada a tales efectos por "MAPLATEX" resultaba insuficiente; y, 5.- GG-003-88, de fecha 7 de enero de 1988, a través de la cual "MAPLATEX" le entregó a "CADATA" los recaudos definitivos para la reconsideración de precios por aquella solicitada. Según "CADATA", con fundamento en los documentos anteriormente indicados, la Junta Directiva de esa Empresa, mediante Resolución adoptada en fecha 10 de julio de 1988, distinguida con el número 428, reconoció los mayores costos en que debía incurrir "MAPLATEX" para la fabricación de los contadores de energía eléctrica que ésta se había comprometido a fabricar para aquella, por concepto del cambio de paridad del Bolívar frente al Dólar estadounidense, el incremento en el costo de la mano de obra, el incremento en las materias primas nacionales -tales como el acero de SIDOR,

las resinas de RESIMON y el latón de METALEX C.A., por un monto total de Ciento Veinte Millones Setenta y Seis Mil Novécientos Noventa y Cuatro Bolívares (120.076.994,00). De igual manera, con motivo de la finalización de la ejecución del contrato, la Junta Directiva de "CADAFE" reconoció nuevos incrementos de precios, a través de las Resoluciones distinguidas con los números 12 y 13, de fecha 18 de enero de 1990. "CADAFE" subraya que, en virtud de las Resoluciones números 12 y 13, el precio final del contrato ascendió a la cantidad de Trescientos Cincuenta y Tres Millones Seis Mil Seiscientos Veintidós Bolívares con Noventa y Tres Céntimos (Bs. 353.006.622,93), y que los incrementos que condujeron a la modificación final y definitiva del precio del contrato fueron aprobados por la Junta Directiva de "CADAFE" con fundamento en un Informe elaborado por la Vicepresidencia Ejecutiva de Operaciones y la Dirección de Distribución y Ventas de la prenombrada Empresa, en los cuales se justificaba la revisión del precio **"... en virtud de solicitud presentada por dicha empresa ("MAPLATEX") causada por la alteración de los precios, por las medidas cambiarlas y por las políticas arancelarias y salarios establecidos por el Gobierno Nacional en el año 1989"**.

Según "CADAFE", a pesar de lo alegado por "MAPLATEX" en el Compromiso Arbitral, no es cierto que las partes hubieran convenido en una estructura de precios que permitiera trasladarle a "CADAFE" los costos financieros y administrativos del Contrato número 86-0482-5029 durante los períodos normal de ejecución o de prórrogas, puesto que las partes convinieron en un **precio fijo** para la fabricación y suministro de los equipos, autorizándose únicamente variaciones en los precios unitarios y globales en los supuestos taxativos contemplados en la Cláusula Quinta del contrato, y luego agrega que "el hecho de que Cadafe hubiera analizado la estructura de precios presentada por Maplatex para autorizar los aumentos solicitados, en modo alguno implicaba aceptación del hecho afirmado por ésta, en cuanto a que los distintos elementos del precio podrían ser desagregados para determinar su incidencia en el precio final de los medidores, puesto que Cadafe se limitó a tomar de esa estructura únicamente los componentes variables de precios que por efecto de medidas gubernamentales, pudieran sufrir modificaciones que implicaran aumentos o disminuciones en los términos convenidos en el Contrato. Los costos administrativos y financieros no podían ser revisados por Cadafe porque ellos no podían resultar alterados por disposiciones gubernamentales (hecho

del príncipe), que las partes tuvieron buen cuidado de señalar expresamente en los Contratos como hechos capaces de modificar los precios unitarios convenidos" (Escrito de alegatos, folios 16 y 17). Para "CADAFFE", por tanto, **en los contratos no se previó la posibilidad de que el precio pudiese variar, a consecuencia de incrementos en los costos administrativos y financieros durante los períodos normal de ejecución o de sus prórrogas y, menos aún, que "MAPLATEX" tuviera derecho a trasladarle a "CADAFFE" los incrementos que hubiere experimentado en tales rubros, y ello porque los antedichos costos administrativos y financieros fueron considerados por las partes componentes fijos e invariables del precio.**

En otro orden de ideas, "CADAFFE" observa que todas las prórrogas que le fueron concedidas a "MAPLATEX" para la ejecución del Contrato, obedecieron a solicitudes formuladas por ésta última en ese sentido, a raíz de las dificultades que "MAPLATEX" confrontó para la obtención de divisas preferenciales en la Oficina de Régimen de Cambios Diferenciales (RECADÍ), por una parte; y por la otra, a consecuencia de los distintos problemas que "MAPLATEX" enfrentó con sus proveedores de materia prima. En otras palabras, las prórrogas no fueron consecuencia de la supuesta mora de "CADAFFE" y, consecuentemente, "sería injusto que el comprador, sin estar previsto en el Contrato ni en la ley, asumiera el riesgo propio del vendedor y cargara sobre sí con el sobre costo financiero y administrativo experimentado por la prolongación del período de fabricación de los suministros" (Escrito de alegatos, folio 19).

II.- En cuanto a la pretensión de "MAPLATEX", relativa al reconocimiento de los mayores costos financieros y administrativos de los contratos, "CADAFFE" reitera la posición conforme a la cual su obligación consistía únicamente en el pago a Maplatex del precio estipulado en el contrato, **"... y los daños y perjuicios resultantes del retardo en su cumplimiento consisten siempre en el pago de los intereses moratorios"**, los cuales han de calcularse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1.277 del Código Civil. Para "CADAFFE", **"... las únicas excepciones que tolera el artículo 1.277 del Código Civil, emanan de su propio texto a saber: la estipulación expresa de las partes que pueden convenir en un régimen de responsabilidad diferente para la indemnización del daño y las disposiciones especiales en materia de comercio, sociedades y fianza y el caso excepcional a que aluden Mazeaud-Tunc de**

mediar dolo o hecho intencional del deudor, que opera cuando el deudor obrando de mala fe demora el pago a sabiendas del perjuicio que en particular causa a su acreedor. Fuera de estos casos **no es admisible una pretensión de indemnización distinta al tanto por ciento alzado en la ley y la tesis de los daños mayores que preeconizan algunos autores debe ser descartada porque su aplicación conduciría la mayor parte de las veces a la indemnización del daño indirecto, excluido por el artículo 1.275 del Código Civil**". En idéntico orden de ideas, "CADAFE" cita a Zambrano Velazco, para quien el artículo 1.277 *in commento* "... tiene carácter especial en todo lo relativo a obligaciones pecuniarias, y especialmente en relación con los artículos 1.274 y 1.275 del Código Civil, cuya aplicación excluye, razón por la cual puede sostenerse que al menos en el estado actual de nuestro derecho, no tiene cabida la tesis de la resarcibilidad de los mayores daños ocasionados con la mora" (Escrito de Alegatos, folio 23). Comoquiera que, en criterio de "CADAFE", la reclamación de "MAPLATEX" no tiene origen contractual, la misma no se podría sustentar sino acudiendo a criterios de responsabilidad civil extracontractual, que suponen que el deudor -supuesto negado- haya demorado maliciosamente los pagos, pero es el caso de que "MAPLATEX" nunca ha invocado tal circunstancia. Consecuentemente, a juicio de "CADAFE" la reclamación formulada por la sociedad "MAPLATEX" es improcedente.

En criterio de "CADAFE", en el caso *sub-iudice* el interés legal al cual alude la disposición contenida en el artículo 1.277 del Código Civil es aquel previsto en el artículo 108 del Código de Comercio -vale decir, el interés corriente en el mercado, siempre que no exceda el doce por ciento (12%) anual-, pero para el **supuesto negado** de que el Tribunal Arbitral considerara aplicable la norma contenida en el artículo 71 de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, los aludidos intereses deberían en todo caso calcularse a la tasa promedio de los Bonos de la Deuda Pública Interna colocados durante los seis meses anteriores a la fecha de pago de los intereses correspondientes. En todo caso, "CADAFE" subraya que la eventual mora que "MAPLATEX" imputa a "CADAFE" "... sólo pudo existir a partir de la fecha en que, conforme a las previsiones contractuales, se hicieron exigibles las correspondientes valuaciones emitidas al efecto por "MAPLATEX", y luego agrega que **"... en los cuadros que se acompañan anexos, marcados 11, 12 y 13, se han calculado los intereses moratorios causados desde la fecha en que se hizo**

exigible el pago de cada una de las valuaciones tanto por ejecución de obra (contractuales) como por reconocimiento de precios, calculados dichos intereses a la tasa del 12% anual, de conformidad con lo establecido en el artículo 108 del Código de Comercio” (Escrito de Alegatos, folio 26).

III.- Por otra parte, “CADAFE” ha sostenido que la reclamación relativa a los mayores costos financieros y administrativos es **improcedente**, porque, habiendo mediado entre las partes un acuerdo para extender el plazo de entrega de los contadores de energía eléctrica, sin que se modificara la Cláusula contractual referida al precio de dichos equipos, debe entenderse que las partes, de común acuerdo, convinieron que las condiciones originales del contrato rigieran durante las prórrogas. “CADAFE” agrega que “... si en el ánimo de las partes hubiera estado presente la intención, como lo asoma ahora Maplatex, de que se trasladaran a los precios los costos financieros y administrativos, obviamente lo habrían calculado cuando, al conceder la prórroga, se hicieron los correspondientes ajustes de precio. No tenía sentido que un aspecto económico tan importante de la negociación no hubiese sido tomado en cuenta al hacer la solicitud y presentar la correspondiente estructura de precios, para su consideración por la parte que supuestamente quedaría obligada a hacerse cargo de ellos. Esto es demostrativo de que **las partes estaban conscientes de que los precios unitarios ajustados regirían también durante la prórroga del plazo de ejecución contractual**”. Luego agrega que “CADAFE” no se halla “... obligada a garantizar a la contratista una utilidad o beneficio económico por el suministro, pues la teoría de la imprevisión, que constituye el fundamento jurídico de la alegación, exige para su aplicación que el hecho que haya producido el desequilibrio contractual resulte anormal e imprevisible, y el simple retardo en los pagos constituye un acontecimiento perfectamente factible en cualquier negociación o contratación cuya ocurrencia se resuelve con el pago de los intereses” (Escrito de Alegatos, folio 28).

IV.- Adicionalmente, “CADAFE” insiste en que la reclamación es improcedente, ya que para la fecha en que la misma fue formulada por primera vez, había transcurrido inútilmente el lapso de caducidad consagrado en la Cláusula Novena del Contrato distinguido con el número 85-0482-5029, pues, a pesar

de que "MAPLATEX" le reclamó a "CADAPE", mediante carta fechada el 2 de agosto de 1989, las valuaciones pendientes y los daños derivados de la mora de "CADAPE", la antedicha comunicación -a juicio de "CADAPE"- no llenó los extremos establecidos en la Cláusula Novena, ya que en ella "MAPLATEX" no especificó cuál era el importe de su reclamación y, más aún, en esa oportunidad no le remitió a "CADAPE" todos los justificativos de la antedicha reclamación.

V.- En lo concerniente a la reclamación por la pérdida causada en la oportunidad en que se negociaron los Bonos de la Deuda Pública de "CADAPE", a través de los cuales esa Empresa le pagó a "SIEMENS C.A." las valuaciones distinguidas con los números 12 y 13, "CADAPE", por una parte, reitera el alegato según el cual "MAPLATEX" carece de cualidad para efectuar la aludida reclamación, por cuanto el crédito en referencia fue cedido por "MAPLATEX" a "SIEMENS C.A.", quedando esta última como única y exclusiva titular del crédito cedido; y por la otra, que la reclamación resulta **improcedente**, toda vez que los Bonos no fueron negociados en Bolsa de Valores -ergo-, en forma pública-, con lo cual se contravino lo indicado por "CADAPE" mediante comunicación distinguida con las letras y números 41000-CA-001, de fecha 5 de enero de 1989, la cual reza textualmente lo siguiente: "... queremos dejar claro, que **para Cadape poder reconocer pérdida alguna, la misma debe ser producto de la negociación pública de los títulos**". Igualmente, "CADAPE" sostiene que la reclamación por la pérdida producto de la venta de los bonos no puede tener como fundamento el contrato distinguido con el número 86-0482-5029, pues, a consecuencia de la cesión de los créditos, la problemática tiene como fundamento jurídico la relación contractual que surgió entre "CADAPE" y "SIEMENS C.A.", a raíz de la comunicación distinguida con las letras y números 41000-CA-001, de fecha 5 de enero de 1989, y, para que "MAPLATEX" pudiese alegar tener algún derecho al pago de la diferencia existente entre el valor nominal de los bonos y su valor de realización, sería necesario que se hubiese producido previamente una cesión del correspondiente crédito, lo cual -en criterio de "CADAPE"- no ha ocurrido, porque la carta de "SIEMENS C.A.", fechada el 7 de septiembre de 1992, no constituye una cesión de crédito. Finalmente, "CADAPE" reiteró el criterio conforme al cual sólo se hallaría obligada a pagarle a "MAPLATEX", por el injustificado retardo en el cumplimiento de sus obligaciones, el interés legal, determinado conforme a las previsiones contenidas en los artículos 1.277 del Código Civil y 108 del Código de Comercio.

CAPITULO V

EL DEBATE PROBATORIO

A) Prueba documental

Durante el lapso probatorio convenido por los comprometientes en el Compromiso Arbitral, y también con anterioridad a dicho lapso, las partes produjeron los siguientes recaudos y documentos:

I) Mediante escrito de fecha 7 de octubre de 1992, el Dr. José Antonio Pulido Méndez consignó documento inscrito en el Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda el 9 de marzo de 1973, bajo el N° 69, Tomo 37, que lo acredita como Gerente General de "MAPLATEX" C.A. y su representante legal.

II) Al escrito de alegatos presentado por "MAPLATEX" C.A., en fecha 21 de octubre de 1992, fueron acompañados los siguientes documentos:

1°) TOMO I DE PRUEBAS:

A) Anexo "A": Fotocopia del contrato N° 86-0482-5029, de fecha 4 de agosto de 1986; oferta de servicios contenida en comunicación GG-139-86, del 5 de junio de 1986; Anexo "A" al mencionado contrato, de fecha 23 de septiembre de 1988; Acta de Aceptación Provisional del contrato N° 90-0203-5029, del 8 de marzo de 1990; oferta de servicios GG-2796-89, del 4 de agosto de 1989; Anexo "A" al contrato 90-0203-5029, del 2 de septiembre de 1991; normas de carácter jurídico NG-2 de la Gerencia de Licitaciones y Contratos, Dirección Jurídica de "CADAFE". Todos los documentos que integran este anexo fueron acompañados en fotocopias; fotocopia del Cuadro 1 acompañado al Compromiso Arbitral; fotocopia del Cuadro 1.1 acompañado al Compromiso Arbitral, y fotocopia del Cuadro 1.2 acompañado al Compromiso Arbitral.

B) Anexo "B": Copia del Informe N° 41060-021, del 14 de agosto de 1992, emanado de la Comisión Caso Maplatex, referente a Reclamaciones Financieras de la Empresa Maplatex; Copia del Informe N° 41060-011, de fecha 28 de abril de 1992, emanado de la Gerencia de Finanzas y dirigido a la Comisión Caso

Maplatex; cuadro de costo financiero asumido por Maplatex C.A.; Memorandum 23000-0004, del 20 de enero de 1992, emanado de la Dirección de Consultoría Jurídica y dirigido a la Dirección de Economía y Finanzas de "CADAFE"; minuta del 13 de abril de 1992; Informe del Grupo de Trabajo, de fecha 22 de abril de 1992; Comunicación del 19 de mayo de 1992, del Banco Central de Venezuela; cuadros de cálculos de intereses de mora, de intereses correspondientes y cuadro de indicadores de precios; Comunicación GG-240-92, del 3 de agosto de 1992, dirigida por Maplatex a "CADAFE", con estados de cuentas anexos; Acta de la sesión de la Junta Directiva de "CADAFE" N° 31, del 2 de septiembre de 1992; Comunicación GG-330-92, del 7 de octubre de 1992, dirigida por Maplatex C.A. a "CADAFE", con cuadros anexos de Costos Financieros; Resolución N° 362 y Acta de la sesión N° 31 de "CADAFE", del 2 de septiembre de 1992; Resolución N° 372 y Acta de la sesión N° 32 de "CADAFE", del 9 de septiembre de 1992. Todos estos documentos en fotocopias.

C) Anexo "C": Resolución N° 013, y Acta de la sesión N° 3, del 18 de enero de 1990, de la Junta Directiva de "CADAFE" y sus comprobantes; Informe N° 50290-JD-039 del 10 de noviembre de 1989, de la Vicepresidencia Ejecutiva de Operaciones y la Dirección de Distribución y Ventas de "CADAFE"; Dictamen de la Consultoría Jurídica de "CADAFE", contenido en memorándum N° 23.200, del 4 de noviembre de 1989, e Informe de la Contraloría Interna de "CADAFE", contenido en memorándum N° 11510-0627, del 13 de noviembre de 1989. Todos estos documentos fueron acompañados en fotocopias.

D) Anexo "D": Fotocopia del documento inscrito en el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, bajo el N° 61, Tomo 35-A Pro., del 2 de abril de 1989, correspondiente a la participación de lo decidido en la Asamblea Extraordinaria de "CADAFE" celebrada el 27 de julio de 1989.

E) Anexo "E": Fotocopia del documento inscrito en el Registro Mercantil Segundo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, bajo el N° 39, Tomo 73-A Sgdo., de fecha 12 de noviembre de 1991, correspondiente a la participación de las Actas de las Asambleas Extraordinarias de "MAPLATEX C.A.", celebradas el 15 de octubre y el 17 de octubre de 1991.

F) Anexo "F": Fotocopia de la Resolución de la Junta Directiva de "CADAFE", adoptada en Sesión N° 30, de fecha 18 de julio de 1988, referente a la solicitud

de aprobación del anexo al contrato N° 86-0482-5029, suscrito con “MAPLATEX C.A.” y sus comprobantes correspondientes; Informe de la Vicepresidencia Ejecutiva, Estructura 20.100, Dirección de Distribución y Ventas, N° 50290-JD-09, del 25 de abril de 1988; Fotocopia de la comunicación GG-065, del 28 de marzo de 1989, dirigida por “MAPLATEX C.A.” a “CADAFE”, solicitando prórroga del contrato “CADAFE”-“MAPLATEX” N° 86-0482-5029; Fotocopia de la Resolución N° 013, sesión N° 03, de fecha 18 de enero de 1990, referente al Informe de la Vicepresidencia Ejecutiva de Operación y la Dirección de Distribución y Ventas N° 50290-JD-039, del 10 de noviembre de 1989, y sus correspondientes recaudos, o sea, el mencionado informe y sus anexos; Comunicación del 7 de agosto de 1992, de “CADAFE”, dirigida a “MAPLATEX C.A.”, sobre aprobación de la prórroga del contrato N° 90-0203-5029, hasta el 3 de marzo de 1993.

G) Anexo “G”: Informe 50200-VET-002, del 25 de mayo de 1992, de la Gerencia de Servicios al Suscriptor para la Vicepresidencia Ejecutiva Técnica y sus recaudos anexos.

H) Anexo “H”: Fotocopia del documento autenticado por ante la Notaría Pública Séptima de Caracas, en fecha 9 de septiembre de 1992, bajo el N° 63, Tomo 108, y fotocopias del Acta N° 31, del 2 de setiembre de 1992, de la Junta Directiva de “CADAFE”, y de la Resolución N° 362, de la misma Junta.

2') TOMO II DE PRUEBAS:

I) Anexo “I”: Fotocopias de la Resolución N° 013, sesión N° 03, del 18 de enero de 1990, de la Junta Directiva de “CADAFE”, y del Informe N° 50290-JD-039, del 10 de noviembre de 1989, emanados de la Vicepresidencia Ejecutiva de Operaciones y la Dirección de Distribución y Ventas y sus anexos correspondientes, citados como anexo “C”, anteriormente. Comunicación del 7 de agosto de 1992, dirigida por “CADAFE” a “MAPLATEX”, sobre aprobación de la prórroga del contrato N° 90-0203-5029, hasta el 3 de marzo de 1992, y del Informe 50200-VET-002, de la Gerencia de Servicios al Suscriptor para la Vicepresidencia Ejecutiva Técnica, con sus anexos correspondientes, todos referentes a la mencionada prórroga. Todos estos documentos fueron acompañados en fotocopias.

J) Anexo "J": Copia de la comunicación GG-273-89, del 2 de agosto de 1989, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE"; Factura N° 13835, presentada por "MAPLATEX" a "CADAFE" por Bs. 22.653.003,55; Acta de Aceptación Provisional del Contrato N° 86-0482-5029; Copia del Informe N° 41060-021, del 14 de agosto de 1992, citado en el anexo "B" anterior. Todos estos documentos fueron producidos en fotocopias.

K) Anexo "K": Fotocopias de diversas facturas presentadas por "MAPLATEX" a cargo de "CADAFE", expedidas durante el período comprendido entre el 24 de octubre de 1986 y el 14 de agosto de 1992.

L) Anexo "L": Fotocopia de Factura presentada por "MAPLATEX" a "CADAFE"; fotocopia de cheque emitido por "CADAFE" a la orden de "MAPLATEX", por Bs. 23.351.091,20; Comunicación GG-273-89, del 2 de agosto de 1989, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE"; Factura N° 13.835, mencionada en el anexo "J" anterior; Valuación N° 60 de Obra Ejecutada por Maplatex y facturas y cheques que comprueban el pago de la misma.

M) Anexo "M": Fotocopia de la Resolución N° 013, citada en el anexo "C" anterior y sus anexos correspondientes.

N) Anexo "N": Copia de la comunicación GG-273-89, citada en el anexo "J" anterior, junto con la Factura N° 13835; cheque por Bs. 23.351.091,20 y factura por el mismo monto.

O) Anexo "O": Comunicación GG-273-89, citada en el punto anterior, y su factura anexa; Comunicación GG-004-92, del 7 de enero de 1992, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE", con estado de cuenta y comunicaciones anexas, dirigidas por "MAPLATEX" a "CADAFE".

P) Anexo "P": Resolución N° 013, citada en los anexos "I" y "M" anteriores, junto con sus anexos correspondientes.

Q) Anexo "Q": Comunicación GG-065-89, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE", solicitando nueva prórroga del contrato N° 86-0482-5029, y Resolución N° 13, citada en el punto anterior y sus anexos.

R) Anexo "R": Copia del Informe N° 41060-021, citado en el punto "B" anterior, y copia del Acta N° 31 de la Junta Directiva de "CADAFE", citada en el mismo punto "B".

3°) TOMO III DE PRUEBAS:

S) Anexo "S": Fotocopia de la Resolución N° 013, citada en los puntos "T", "M", y "P" anteriores, junto con sus anexos correspondientes.

T) Anexo "T": Fotocopia del Cuadro 1.1, citado en el anexo "A".

U) Anexo "U": Fotocopias similares a las citadas en el punto "Q", anterior.

V) Anexo "V": Copia del documento autenticado por ante la Notaría Pública Tercera del Distrito Sucre del Estado Miranda, el 17 de octubre de 1988, bajo el N° 10, Tomo 102; Comunicación GG-222/88, del 18 de octubre de 1988, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE", acompañando documentos de cesión de valuaciones; Copia de la comunicación 41110-2332, del 9 de noviembre de 1988, dirigida por "CADAFE" a "SIEMENS C.A.", dándose por notificada de la cesión de crédito; Comunicación N° 41000-C.A.-001 del 5 de enero de 1989, dirigida por "CADAFE" a SIEMENS; Certificados Provisionales de Bonos de la Tercera Emisión; Comunicación del 31 de marzo de 1989; Comprobante de entrada en Caja de SIEMENS por Bs. 1.371.375,05; Comunicación del 16 de marzo de 1989, dirigida por SIEMENS a "CADAFE", participándole la negociación de los Bonos; Aviso de Débito de SIEMENS a "CADAFE" por Bs. 16.200.000,00, por concepto de diferencia entre el precio nominal y el precio de mercado de los certificados provisionales; Comunicación de fecha 24 de febrero de 1989 dirigida a "SIEMENS C.A." por el Banco de Venezuela; Comunicación de fecha 27 de febrero de 1989 dirigida a "SIEMENS C.A." por la firma Pérez Graham & Cía.; Copia del memorándum 0030, del 12 de marzo de 1990, emanado de la Consultoría Jurídica de "CADAFE" y dirigido a la Vicepresidencia Ejecutiva de Finanzas; Memorándum 022, del 25 de enero de 1991 dirigido por la Consultoría Jurídica a la Dirección de Economía y Finanzas de "CADAFE"; Comunicación GG-331-92, del 7 de octubre de 1992, dirigida por "MAPLATEX" a la Bolsa de Valores de Caracas, y Comunicación de la Bolsa de Valores de Caracas G.O.92-941, del 16 de octubre de 1992 dirigida a "MAPLATEX".

W) Anexo "W": Telex del 10 de marzo de 1989 dirigido por "SIEMENS C.A." a "MAPLATEX", participándole el cobro de los Bonos; Telex del 13 de marzo

de 1989 dirigido por "MAPLATEX" a "SIEMENS C.A." confirmando el destino de las cantidades cobradas; Comunicación de "SIEMENS C.A." dirigida al Banco de Venezuela, de fecha 13 de marzo de 1989, enviándole cheque por Bs. 37.800.000,00; Comprobante de Ingreso por Caja, emitido por el Banco de Venezuela, N° 13531, del 14 de marzo de 1989; Documentos y comprobantes relativos a operación de fideicomiso con el Banco de Venezuela; Pagaré con vencimiento el 23 de diciembre de 1987, por Bs. 8.250.000,00, suscrito por "MAPLATEX" a favor del Banco Latino; Carta de Crédito entre Sucursales, notas de débito; Comunicación de "MAPLATEX" GG-050-90, dirigida a "CADAPE", de fecha 8 de febrero de 1990;

X) Documento autenticado por ante la Notaría Pública Séptima de Caracas el 9 de septiembre de 1992, bajo el N° 63, Tomo 108, suscrito por "CADAPE" y "MAPLATEX"; Carta de fecha 7 de septiembre de 1992, dirigida por SIEMENS a "CADAPE", participándole que la cesión de las valuaciones 32 y 33 era en garantía.

Y) Anexo "Y": Comunicación GG-296-92, del 15 de septiembre de 1992, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAPE", y Carta de SIEMENS del 7 de septiembre de 1992, citada en el punto anterior.

Z) Anexo "Z": Comunicación del 23 de marzo de 1989 dirigida por "MAPLATEX" a SIEMENS DE VENEZUELA C.A.; Comunicación del 26 de marzo de 1989 dirigida por SIEMENS a "MAPLATEX"; Comunicación de la misma fecha dirigida por SIEMENS a "MAPLATEX", referente a pagaré otorgado a "MAPLATEX" el 26 de junio de 1987, y Comunicaciones de SIEMENS a "MAPLATEX", de fechas 22 de febrero de 1990 y 17 de febrero de 1991.

AA) Anexo "AA": Comunicación 82-000-115 del Banco Provincial, dirigida a "SIEMENS C.A." confirmando su interés en adquirir Bonos de la Deuda Pública por 54 millones de bolívares, al 70% de su valor nominal.

III) Al Escrito de Alegatos de "CADAPE", presentado en fecha 26 de octubre de 1992, se acompañaron los siguientes documentos:

1°) Comunicación GG-036-87, del 23 de febrero de 1987, dirigida por "MAPLATEX C.A." a "CADAPE", con los anexos correspondientes.

- 2*) Comunicación GG-171-87, del 10 de agosto de 1987, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE", con sus anexos correspondientes.
- 3*) Comunicación GG-209-87, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE", de fecha 2 de noviembre de 1987.
- 4*) Telex N° 327, dirigido en fecha 22 de diciembre de 1987 por "CADAFE" a "MAPLATEX".
- 5*) Telex N° 328, de fecha 22 de diciembre de 1987 dirigido por "CADAFE" a "MAPLATEX".
- 6*) Copia de la Resolución de la Junta Directiva de "CADAFE", expedida en Sesión N° 30, del 18 de julio de 1988.
- 7*) Copia de la Resolución de la Junta Directiva de "CADAFE" N° 012, expedida en la Sesión N° 03 del 18 de enero de 1990.
- 8*) Copia de la Resolución N° 013 de la Junta Directiva de "CADAFE", expedida en su sesión N° 3 del 18 de enero de 1990.
- 9*) Copia del Informe N° 50290-JD-09, del 25 de abril de 1988, emanado de la Vicepresidencia Ejecutiva-Dirección de Distribución y Ventas a la Junta Directiva de "CADAFE", con sus anexos correspondientes.
- 10*) Copia del Informe N° 50290-JD-039, del 6 de noviembre de 1989, emanado de la Vicepresidencia Ejecutiva de Operaciones-Dirección de Distribución y Ventas de "CADAFE" y dirigido a la Junta Directiva, con sus anexos correspondientes.
- 11*) Copia del Cuadro de cálculo de intereses de mora por retardo en el pago de valuaciones correspondientes al contrato N° 86-0482-5029.
- 12*) Copia del Cuadro de cálculo de intereses de mora por retardo en el pago de las valuaciones correspondientes al contrato 90-0203-5029.
- 13*) Copia del Cuadro de cálculo de intereses de mora por retardo en el pago de las valuaciones de los años 87, 88 y 89, correspondientes al contrato N° 86-0482-5029.

14") Copia de la comunicación GG-046-91, del 14 de febrero de 1991, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE".

15") Copia de la comunicación GG-273-89, de fecha 2 de agosto de 1989, dirigida a "CADAFE" por "MAPLATEX" C.A., con factura anexa.

16") Copia de la comunicación GG-222-88, del 18 de octubre de 1988, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE", con su anexo: documento notariado de cesión, y Comunicaciones de "CADAFE" a SIEMENS S.A. dándose por notificada de la cesión y de "MAPLATEX" al Banco de Venezuela.

17") Comunicación 41000-CA-001 del 5 de enero de 1989 dirigida a SIEMENS por el Vicepresidente Ejecutivo de "CADAFE".

18") Copia de la comunicación del 7 de septiembre de 1992, dirigida por SIEMENS a "CADAFE".

IV) Al escrito de pruebas de "MAPLATEX", consignado en fecha 3 de diciembre de 1992, que corre a los folios 37 al 45 de la segunda pieza, se acompañaron los siguientes documentos, que se hallan insertos en el Tomo IV de pruebas:

1) Contrato N° 86-0482-5029, suscrito entre "MAPLATEX" y "CADAFE" en fecha 4 de agosto de 1986, con sus anexos: Comunicación N° GVI-031-86, del 9 de junio de 1986, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE"; Comunicación GG-139-86, del 5 de junio de 1986, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE"; Cronograma de entrega de contadores monofásicos; Anexo "A" al mencionado contrato, suscrito entre las partes en fecha 23 de septiembre de 1988, y Estructuras de precios monofásicos y bifásicos.

1.1) Copia de la comunicación GG-209-87, del 2 de enero de 1987, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE".

1.2) Copia del Informe N° 50290-JD-09, del 27 de junio de 1988, emanado de la Vicepresidencia Ejecutiva-Dirección de Distribución y Ventas de "CADAFE" a la Junta Directiva, con sus anexos correspondientes.

1.3) Copia de la Resolución de Junta Directiva de "CADAPE", expedida en Sesión N° 30, del 18 de julio de 1988.

1.4) Copia de la comunicación GG-217-88, del 10 de octubre de 1988, emanada de "MAPLATEX" y dirigida a "CADAPE".

1.5) Informe N° 50290-JD-09, del 19 de octubre de 1989, dirigido por la Vicepresidencia Ejecutiva de Operaciones a la Junta Directiva, con sus anexos correspondientes, y copia de la Resolución N° 012, de la Junta Directiva de "CADAPE", expedida en Sesión N° 03, del 18 de enero de 1990.

1.6) Copia de la comunicación GG-317-89, del 14 de agosto de 1989, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAPE".

1.7) Copia del Informe N° 50290-JD-039, de fecha 10 de noviembre de 1989, emanado de la Vicepresidencia Ejecutiva de Operaciones-Dirección de Distribución y Ventas, dirigido a la Junta Directiva de "CADAPE", con sus anexos correspondientes, y Copia de la Resolución N° 013, expedida en Sesión N° 03, del 18 de enero de 1990, de la Junta Directiva de "CADAPE".

1.8) Fotostato del Memorándum 23.200 N° 905, emanado de la Gerencia de Asuntos Legales - Departamento de Asesoría Legal de "CADAPE", y dirigido a la Gerencia de Servicios al Suscriptor.

1.9) Copia de Informe de fecha 3 de noviembre de 1989, emanado de la Vicepresidencia Ejecutiva de Operaciones-Dirección de Distribución y Ventas y dirigido a la Junta Directiva.

2) Copia del Informe de la Comisión Caso "MAPLATEX" a la Presidencia de "CADAPE" N° 41060-21, del 14 de agosto de 1992.

3) Informe de fecha 22 de abril de 1992, relativo a la revisión de la metodología e información utilizadas por "MAPLATEX" para determinar el monto reclamado por concepto de costos financieros, en relación con los contratos 86-0482-5029 y 90-0203-5029.

4) Copia del Informe 41060-011, de la Gerencia de Finanzas de "CADAPE" a la Comisión Caso "MAPLATEX", de fecha 18 de abril de 1992, con sus anexos:

Estado de cuenta de la deuda "MAPLATEX"; Relación de la reclamación por costos financieros; Memorándum 41060-20, del 17 de marzo de 1991, de la Gerencia de Finanzas; Memorándum N° 23.000/0004, del 20 de enero de 1992, de la Consultoría Jurídica; Minuta del 13 de abril de 1992; Informe del Grupo de Trabajo; Comunicación del 15 de noviembre de 1991, del Banco Central de Venezuela; Intereses de mora calculados; Cuadro de intereses corresponsivos; Cuadro de intereses de mora del contrato 90-0203-5029; Intereses de mora sobre capital no pagado de la pérdida en negociación Bonos de la Deuda Pública; cuadros de indicadores de precios, y Actualización de las reclamaciones de "MAPLATEX" al 31 de julio de 1992, para un total de Bs. 689.821.684,54.

5) Copia del Acta de Aceptación Provisional del contrato N° 86-0482-5029, de fecha 10 de julio de 1989.

6) Copia de la comunicación GG-273-89, de fecha 2 de agosto de 1989, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAPE", y factura anexa N° 13835, por Bs. 22.653.003,55.

7) Copia del Informe de fecha 6 de agosto de 1992 del Departamento de Medición y Fiscalía de "CADAPE" a la Gerencia de Servicios al Suscriptor.

8) Copia del mismo Informe citado en el punto 2) anterior.

9) Copia del Acta N° 31, de la Sesión de la Junta Directiva de "CADAPE", del 2 de septiembre de 1992.

10) Copia de la Resolución N° 362 de la Junta Directiva de "CADAPE", Sesión N° 31 del 2 de septiembre de 1992, y de la Resolución N° 372, de la misma Junta, Sesión N° 32, del 9 de septiembre de 1992.

11) Copia del documento autenticado por ante la Notaría Pública Séptima de Caracas, el 9 de septiembre de 1992, bajo el N° 63, Tomo 108.

12) Copia de la Factura N° 10738, de "MAPLATEX", a cargo de "CADAPE", por Bs. 12.800.500,00, y de planilla de depósito por ese monto para acreditar a la cuenta de "MAPLATEX", el 20 de octubre de 1986, en el Banco Mercantil.

V) Al Escrito de Pruebas de "MAPLATEX", consignado en fecha 3 de diciembre de 1992, el cual corre a los folios 46 al 50 de la segunda pieza, se acompañaron los siguientes documentos, que se hallan insertos en el Tomo V de Pruebas:

1) Comunicación GG-171-87, del 3 de septiembre de 1987, dirigida por "MAPLATEX" a la Gerencia de Servicios al Suscriptor de "CADAPE".

2) Copia de la misma Resolución citada en el punto 1.3, Tomo IV anterior.

3) Copia de la comunicación GG-065-89, del 29 de marzo de 1989, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAPE".

4) Copia de la misma Resolución citada en el punto 1.7, tomo IV anterior, con sus anexos y comprobantes.

5) Copia de la misma comunicación citada en el punto 6, Tomo IV anterior.

6) Contrato N° 90-0203-5029, suscrito en fecha 8 de marzo de 1990, entre "CADAPE" y "MAPLATEX", Anexo "A" del mismo, suscrito en fecha 2 de septiembre de 1991, y Minuta 50290-10, de fecha 23 de julio de 1991.

6.1) Copia de la comunicación GG-228-90, del 19 de julio de 1990, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAPE".

6.2) Copia de la comunicación GG-266-90, del 28 de agosto de 1990, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAPE".

6.3) Copia de la comunicación GG-314-90, del 14 de noviembre de 1990, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAPE".

6.4) Copia de la comunicación GG-046-91, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAPE".

6.5) Copia de la comunicación GG-223-91, del 6 de agosto de 1991, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAPE".

6.6) Copia de la comunicación GG-004-92, del 7 de enero de 1992, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAPE", con estado de cuenta al 31 de diciembre de 1991, anexo.

6.7) Copia de la comunicación GG-028-92, del 16 de enero de 1992, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAPE".

6.8) Copia de la comunicación GG-032-92, del 30 de enero de 1992, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE".

6.9) Copia del Informe N° 50200-VET-002, del 25 de enero de 1992, presentado por la Gerencia de Servicios al Suscriptor a la Vicepresidencia Ejecutiva Técnica de "CADAFE", relativo a la solicitud de prórroga del contrato N° 90-0203-5029.

6.10) Copia de Minuta de la reunión celebrada en las oficinas de "CADAFE", Gerencia de Servicios al Suscriptor, el 23 de noviembre de 1990.

6.11) Oficio N° 50200-004, del 7 de agosto de 1992, dirigido por la Gerencia de Servicios al Suscriptor de "CADAFE", a "MAPLATEX", aprobando prórroga del contrato N° 90-0203-5029, hasta el 3 de marzo de 1993.

6.12) Copia de la comunicación GG-271-91, del 6 de agosto de 1991, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE".

6.13) Copia de la comunicación GG-126-92, del 11 de mayo de 1992, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE".

VI) Al escrito de pruebas de "MAPLATEX", consignado en fecha 3 de diciembre de 1992, que corre a los folios 51 al 53 de la segunda pieza, se acompañaron los siguientes documentos, que cursan en el Tomo VI de Pruebas:

A.1) Copia de factura.

A.2) Copia de la Orden N° 90-06651, del 3 de enero de 1990, de "CADAFE", y de cheque 00211766, a la orden de "MAPLATEX", por la cantidad de Bs. 23.351.091,20, librado por "CADAFE" contra su cuenta en el Banco Industrial de Venezuela.

A.3) Copia de la Relación de Obra Ejecutada N° 60 del contrato 86-0482-5029, suscrito entre "CADAFE" y "MAPLATEX".

A.4) Copias de la planilla de depósito N° 2907756 del Banco Mercantil y del cheque N° 3-073-0002260 del Banco Industrial de Venezuela, a la orden de "MAPLATEX", por Bs. 10.000.000,00

A.5) Copia de la Orden N° 90-19262, del 17 de agosto de 1990, y del cheque N° 00211783 del Banco Industrial de Venezuela, librado por "CADAFE" a la orden de "MAPLATEX", el 6 de noviembre de 1990, por Bs. 8.658.515,81.

B.1) Copia del Informe indicado en el punto 1.2, del punto IV anterior y de sus anexos.

C.1) Copia de la comunicación citada en el numeral 6, punto IV, anterior.

C.2) Copia del Acta de Aceptación Provisional indicada en el numeral 5) del punto IV anterior.

C.3) Copias de las comunicaciones indicadas en el punto C.1 anterior, y en el numeral 6 del punto IV anterior, en el numeral 6.6 del punto V anterior, y en el numeral 6.4 del mismo punto V. Copias de las comunicaciones dirigidas por "MAPLATEX" a "CADAFE", GG-050-90, del 8 de febrero de 1990; GG-223-91, del 6 de agosto de 1991, y GG-282-91, del 11 de octubre de 1991.

VII) Al escrito de pruebas de "MAPLATEX", consignado en fecha 3 de diciembre de 1992, y que corre a los folios 54 al 62 de la segunda pieza, se acompañaron los siguientes documentos, que se hallan insertos en el Tomo VII de Pruebas:

1) Copias de 93 facturas de "MAPLATEX" con cargo a "CADAFE", correspondientes al contrato 86-0482-5029, y a los años 1987, 1988, 1989 y 1990.

2) Copias de 107 facturas, notas de crédito y notas de débito, emitidas por "MAPLATEX" con cargo a "CADAFE", correspondientes al contrato 86-0482-5029.

3) Copias de dos (2) facturas, números 13835 y 14987, emitidas por "MAPLATEX" con cargo a "CADAFE".

4) Copias de 63 facturas, emitidas por "MAPLATEX" con cargo a "CADAFE", correspondientes al contrato 90-0203-5029.

5) Copias de 103 facturas, notas de débito y de crédito, emitidas por "MAPLATEX" con cargo a "CADAFE", correspondientes al contrato 90-0203-5029.

6) Copia certificada de Nota de Débito emitida por "MAPLATEX" con cargo a "CADAFE", por concepto de diferencia entre el valor nominal y el precio de mercado de los certificados de Bonos de la Deuda Pública Nacional.

7) Copia certificada de 15 facturas y notas de débito, emitidas por "MAPLATEX" con cargo a "CADAFE", por concepto de costos financieros de la mencionada diferencia en los Bonos de la Deuda Pública Nacional.

VIII) Al escrito de pruebas de "MAPLATEX", consignado en fecha 7 de diciembre de 1992, que corre a los folios 65 al 78 de la segunda pieza, se acompañaron los siguientes documentos, que se hallan insertos en el Tomo VIII de pruebas:

1) Copia certificada del documento autenticado por ante la Notaría Pública Tercera del Municipio Sucre del Estado Miranda, en fecha 17 de octubre de 1988, bajo el N° 10, Tomo 102.

2) Copia de la comunicación GG-222-88, del 18 de octubre de 1988, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE".

3) Copia de la comunicación 41110-2332, del 19 de noviembre de 1988, dirigida por el Gerente de Tesorería de "CADAFE" a "SIEMENS C.A."

4) Copia de la comunicación de fecha 2 de enero de 1989, dirigida por "SIEMENS C.A." a "CADAFE".

5) Copia de la comunicación 41000-CA-001, del 5 de enero de 1989, dirigida por el Vicepresidente Ejecutivo de "CADAFE" a "SIEMENS C.A."

6) Copia de la comunicación de fecha 24 de febrero de 1989, dirigida a "SIEMENS C.A." por el Banco de Venezuela.

7) Copia de la comunicación de fecha 27 de febrero de 1989, dirigida a "SIEMENS C.A." por PEREZ-GRAHAM & Cía.

8) Copia de la comunicación 82.000-115, del 3 de marzo de 1989, dirigida a "SIEMENS C.A." por el BANCO PROVINCIAL S.A.I.C.A.

9) Copia de telex dirigido por "SIEMENS C.A." al Banco Provincial, en fecha 9 de marzo de 1989.

10) Copia de comunicación del 16 de marzo de 1989, dirigida por "SIEMENS C.A." a "CADAFE".

10.1) Copia de aviso de débito N° 210, emitido por "SIEMENS C.A." con cargo a "CADAFE".

11) Copia del Memorándum 23300-0030, del 12 de marzo de 1990, dirigido por la Dirección de Consultoría Jurídica a la Vicepresidencia Ejecutiva de Finanzas de "CADAFE".

12) Copia del Memorándum 23000-022, del 25 de enero de 1991, dirigido por la Dirección de Consultoría Jurídica a la Dirección de Economía y Finanzas de "CADAFE".

13) Comunicación del 16 de octubre de 1992, dirigida a "MAPLATEX" por la Bolsa de Valores de Caracas.

14) Telex de fecha 10 de marzo de 1989, dirigido a "MAPLATEX C.A." por "SIEMENS C.A."

15) Telex de fecha 13 de marzo de 1989, dirigido a "SIEMENS C.A." por "MAPLATEX C.A."

16) Copia de comunicación dirigida por "SIEMENS C.A." al Banco de Venezuela, de fecha 13 de marzo de 1989.

17) Comprobante de Ingreso por Caja del Banco de Venezuela N° 135351, del 14 de marzo de 1989, por Bs. 37.800.000,00.

18) Nota de débito N° 144032, del Banco de Venezuela, con cargo a "MAPLATEX" por Bs. 12.336.037,05, de fecha 22 de marzo de 1989.

- 19) Nota de débito N° 1277086, del Banco de Venezuela, con cargo a "MAPLATEX", de fecha 24 de enero de 1990, por Bs. 2.990.625,00.
- 20) Copia de la comunicación GG-050-90, del 8 de febrero de 1990, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE".
- 21) Copia de la comunicación de fecha 7 de setiembre de 1992, dirigida por "SIEMENS C.A." a "CADAFE".
- 22) Documento autenticado por ante la Notaría Pública Séptima de Caracas, en fecha 9 de setiembre de 1990, bajo el N° 63, Tomo 108.
- 23.1) Copia de solicitud de carta de crédito entre sucursales, del 1° de julio de 1987.
- 23.2) Copia de aviso de crédito del 24 de julio de 1987, dirigido por "SIEMENS C.A." a "MAPLATEX", con anexo en idioma alemán.
- 23.3) Copia de comunicación del 23 de marzo de 1989, dirigida por "MAPLATEX" a "SIEMENS C.A."
- 23.4) Comunicación de fecha 26 de marzo de 1989, dirigida por "SIEMENS C.A." a "MAPLATEX".
- 23.5) Comunicación del 26 de marzo de 1989, dirigida por "SIEMENS C.A." a "MAPLATEX".
- 23.6) Comunicación del 22 de febrero de 1990, dirigida por "SIEMENS C.A." a "MAPLATEX".
- 23.7) Comunicación del 17 de febrero de 1991, dirigida por "SIEMENS C.A." a "MAPLATEX".
- 23.8) Copia de comunicación del 2 de julio de 1991, dirigida a "MAPLATEX" por la Vicepresidencia de Fideicomiso del Banco Latino.
- 23.9) Fax del 7 de enero de 1992, dirigido a "MAPLATEX" por la Vicepresidencia de Fideicomiso del Banco Latino.

23.10) Fax de fecha 12 de marzo de 1992, dirigido por la Vicepresidencia de Fideicomiso del Banco Latino a "MAPLATEX".

24) Copia de comunicación GG-296-92, del 15 de septiembre de 1992, dirigida a "CADAFE" por "MAPLATEX".

Ninguno de los documentos y recaudos precedentemente enumerados fue desconocido, objetado, tachado o combatido por ninguno de los comprometientes, por lo cual el Tribunal Arbitral los aprecia y les reconoce valor probatorio, aun a aquellos que "MAPLATEX C.A." acompañó en fotocopias a su escrito de promoción de pruebas del 3 de diciembre de 1992 (señalados en dicho escrito en los apartes correspondientes al punto 1, distinguidos como 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 1.7, 1.8 y 1.9, así como en los puntos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11), en razón de los resultados de la prueba de exhibición, a la cual se aludirá seguidamente.

B) Prueba de exhibición

Juntamente con su escrito de promoción de pruebas del 3 de diciembre de 1992, la comprometiente "MAPLATEX C.A." consignó fotocopias de los documentos señalados en los apartes correspondientes al punto 1, distinguidos como 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 1.7, 1.8 y 1.9, así como también de los documentos señalados en los puntos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11, y con fundamento en la disposición del artículo 436 del Código de Procedimiento Civil ejerció la correspondiente acción de exhibición, y solicitó al Tribunal Arbitral que intimase a "CADAFE" a exhibición de los originales de los mismos, los cuales afirmó se hallaban en poder de esta última.

El Tribunal Arbitral procedió de conformidad con lo solicitado e intimó a "CADAFE" para que exhibiera los originales solicitados por "MAPLATEX" dentro de un plazo que vencería el día 16 de diciembre de 1992. Mediante diligencia fechada el día 16 de los mismos mes y año, "CADAFE", por intermedio de su apoderado abogado Richard Bracho Montilva, solicitó la extensión del plazo que le había sido concedido a su mandante, y el Tribunal Arbitral, mediante auto del 17 de diciembre de 1992, le concedió una prórroga a "CADAFE", para la exhibición, hasta el día de Despacho siguiente al 26 de diciembre de 1992.

El día 28 de diciembre de 1992, el último del lapso acordado a "CADAPE" para exhibir los originales de los documentos sobre los cuales versaba la prueba de exhibición, "CADAPE" consignó en original **-únicamente-** los siguientes instrumentos: 1.- Carta distinguida con las letras y números GG-317-89, de fecha 14 de octubre de 1989; 2.- "Punto de Información" de fecha 6 de agosto de 1992; 3.- Carta distinguida con las letras y números GG-228-90, de fecha 19 de julio de 1990; 4.- Carta distinguida con las letras y números GG-266-90, de fecha 28 de agosto de 1990; 5.- Carta distinguida con las letras y números GG-314-90, de fecha 14 de noviembre de 1990; 6.- Carta distinguida con las letras y números GG-032-92, de fecha 30 de enero de 1992; 7.- Informe de "CADAPE" número 50200-VET-002, de fecha 25 de mayo de 1992; 8.- Minuta fechada el 23 de noviembre de 1990; 9.- Carta distinguida con las letras y números GG-222-91, de fecha 6 de agosto de 1991; y, 10.- Carta distinguida con las letras y números GG-126-92, de fecha 11 de marzo de 1992. El Tribunal estima necesario destacar que los originales consignados por "CADAPE" son todos ellos **coincidentes** con las fotocopias acompañadas por "MAPLATEX" a su escrito de promoción de pruebas del 3 de diciembre de 1992 y, consecuentemente, deben surtir **pleno valor probatorio**, y así se establece de manera expresa.

El resto de los documentos cuyos originales solicitó "MAPLATEX" fuesen exhibidos en juicio, o bien no fueron consignados por "CADAPE", o bien sólo fueron acompañados a los autos en fotocopias. Los instrumentos no presentados por "CADAPE" fueron los siguientes:

1.- Carta distinguida con las letras y números GG-209-87, de fecha 2 de noviembre de 1987; 2.- Informe número 50290-JD-09, del 27 de junio de 1988; 3.- Resolución de Junta Directiva de "CADAPE" distinguida con el número 428, sesión número 30, de fecha 18 de julio de 1988; 4.- Carta distinguida con las letras y números GG-217-88, del 10 de octubre de 1988; 5.- Informe número 50290-JD-009, de fecha 19 de octubre de 1989; 6.- Resolución de Junta Directiva de "CADAPE" número 012, sesión 03, del 18 de enero de 1990; 7.- Informe número 50290-JD-039, de fecha 10 de noviembre de 1989; 8.- Resolución de Junta Directiva de "CADAPE" número 013, sesión 03, del 18 de enero de 1990; 9.- Informe de la Gerencia de Asuntos Legales de "CADAPE" dirigido a la Gerencia de Servicios al Suscriptor de esa misma Empresa, de fecha 4 de diciembre de 1989; 10.- Informe número 41060-021, de fecha 14 de

abril de 1992; 11.- Informe número 41060-011, del 28 de abril de 1992; 12.- Comunicación de fecha 22 de abril de 1992, enviada por la Comisión caso "MAPLATEX" y la firma de Auditores Independientes Lara, Rodríguez, Marambio y Asociados a la Gerente de Finanzas de "CADATA"; 813.- Acta de Recepción Provisional del Contrato número 86-0482-5029, del 10 de julio de 1989; 14.- Carta de "MAPLATEX" dirigida a la Vice-Presidencia de Finanzas de "CADATA", distinguida con las letras y el números GG-273-89, de fecha 2 de agosto de 1989; 15.- Informe número 41060-021, del 14 de agosto de 1992; 16.- Acta de Junta Directiva de "CADATA" número 31, correspondiente a sesión celebrada en fecha 2 de septiembre de 1992; 17.- Resoluciones de la Junta Directiva de "CADATA", distinguidas con los números 362 y 372, de fechas 2 y 9 de septiembre de 1992, respectivamente; 18.- Cláusula Compromisoria, suscrita entre "CADATA" y "MAPLATEX" en fecha 9 de septiembre de 1992; 19.- Factura de "MAPLATEX" número 10738, del 7 de julio de 1986; 20.- Carta distinguida con las letras y números GG-171-87, de fecha 3 de septiembre de 1987; 21.- Resolución de la Junta Directiva de "CADATA" número 428, sesión número 30, del 18 de julio de 1988; 22.- Carta distinguida con las letras y números GG-046-91, del 14 de febrero de 1991; 23.- Carta distinguida con las letras y números GG-273-89, del 2 de agosto de 1989; 24.- Carta distinguida con las letras y números GG-046-91, del 14 de noviembre de 1991; 25.- Carta distinguida con las letras y números GG-004-92, de fecha 7 de enero de 1992; 26.- Carta distinguida con las letras y números GG-028-92, del 16 de enero de 1992; 27.- Carta distinguida con los números 50200-004, del 7 de agosto de 1992; 28.- Factura de "MAPLATEX" número 14569, de fecha 20 de febrero de 1990; 29.- Cheque número 00211766, del Banco Industrial de Venezuela, de fecha 6 de noviembre de 1990; 30.- Relación de Obra Ejecutada número 60 del Contrato distinguida con el número 86-0482-5029; 31.- Cheque número 2-073-0002260, del Banco Industrial de Venezuela, de fecha 17 de agosto de 1990; 32.- Cheque número 00211783, del Banco Industrial de Venezuela, del 6 de noviembre de 1990; 33.- Facturas y notas de débito y de crédito indicadas por "MAPLATEX" en su escrito de promoción de pruebas (Parte Cuatro) de fecha 3 de diciembre de 1992; 34.- Carta distinguida con las letras y números GG-050-90, del 8 de febrero de 1990; 35.- Carta distinguida con las letras y números GG-282-91, del 11 de octubre de 1991; 36.- Carta distinguida con las letras y números GG-222-88, de fecha 18 de octubre de 1988; 37.- Carta distinguida con los números 41110-2332, de fecha 9 de noviembre de 1989; 38.- Carta enviada por "SIEMENS" a "CADATA", del 2 de enero de 1989; 39.-

Carta de "CADAPE" a "SIEMENS", distinguida con las letras y números 41000-CA-001, del 5 de enero de 1989; 40.- Carta de "SIEMENS" a "CADAPE", del 16 de marzo de 1989; 41.- Nota de Débito de "SIEMENS" a "CADAPE" número 210, del 16 de marzo de 1989; 42.- Dictamen expedido por la Consultoría Jurídica de "CADAPE", dirigido a la Vice-Presidencia Ejecutiva de Finanzas de esa Empresa, del 12 de marzo de 1990; 43.- Memorándum dirigido por la Dirección de Consultoría Jurídica de "CADAPE" a la Dirección de Economía y Finanzas de esa misma Empresa, del 25 de enero de 1991; 44.- Carta de "SIEMENS" a "CADAPE" del 7 de septiembre de 1992; y, 45.- Carta distinguida con las letras y números GG-296-92, de fecha 15 de septiembre de 1992. Por lo tanto, en cuanto a los **originales no producidos por "CADAPE"**, precedentemente identificados, resulta aplicable la disposición contenida en el artículo 436 (Tercer Aparte) del Código de Procedimiento Civil, conforme a la cual **"si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder de adversario, se tendrá como exacto del documento, tal como aparece en la copia presentada por el solicitante y en defecto de ésta, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento"**. Así se declara.

C) Experticias

.1 Experticia solicitada por "MAPLATEX"

Mediante escrito fechado el 9 de noviembre de 1992, la comprometedora "MAPLATEX C.A." promovió una prueba de experticia en su contabilidad, "para que con base en los libros principales y auxiliares de la misma, y sus comprobantes y elementos de dicha contabilidad, el experto o expertos contables que se designen, dictaminen ..." sobre los hechos que señala. La promovente puntualiza los libros y demás elementos de contabilidad sobre los cuales habrá de verificarse el trabajo y análisis de los expertos, e indica, de la manera que sigue, los hechos y situaciones sobre los cuales el experto o los expertos deberán pronunciarse:

"1. Sobre cuál ha sido el monto de la deuda contratada por "CADAPE" para con "MAPLATEX" durante los años comprendidos entre 1986 y el 31 de agosto de

1992, y especialmente para el 31 de diciembre de los años 1987 a 1991, así como al 28 de febrero de 1992 y al 31 de agosto de 1992, y asimismo, para el día 31 de octubre de 1992. Todo ello en relación a los Contratos 86-0482-5029 y 90-0203-5029".

"2. Sobre cuáles han sido los Costos Financieros pagados por "MAPLATEX" a los Institutos Financieros locales, o cargados por éstos en las cuentas de aquélla, o todavía adeudados, durante los años 1987-1988-1989-1990-1991 y hasta el 31 de agosto de 1992, así como sobre la parte o porción de los Costos Financieros que corresponden a la deuda mantenida por "CADAPE" para con "MAPLATEX", en relación con los Contratos 86-0482-5029 y 90-0203-5029, durante los años 1987-1988-1989-1990-1991 y hasta el 31 de agosto de 1992. Asimismo, sobre los Costos Financieros pagados por "MAPLATEX", o cargados en la cuenta de ésta, o todavía adeudados, así como sobre la parte o porción de esos Costos Financieros que corresponden a la deuda mantenida por "CADAPE" para con "MAPLATEX" al 28 de febrero de 1992, al 31 de agosto de 1992 y al 31 de octubre de 1992, en relación con los mencionados contratos".

"3. Sobre el hecho de que, según resulta de los registros, documentos y comprobantes contables de "MAPLATEX" y demás documentos relacionados con el tema, "CADAPE" a la fecha aún no ha efectuado los pagos correspondientes a los ajustes de precios, de los años 1990-1991-1992 correspondientes al contrato 90-0203-5029".

"4. Sobre el monto adeudado por "CADAPE" a "MAPLATEX", al 31 de diciembre de los años 1987-1988-1989-1990 y 1991, al 28 de febrero de 1992, 31 de agosto de 1992 y al 31 de octubre de 1992, en relación con cada uno de los Contratos 86-0482-5029 y 90-0203-5029. Asimismo, sobre los Costos Financieros pagados por "MAPLATEX" a los Institutos Financieros locales o cargados por éstos, en la cuenta de aquélla, o todavía adeudados, al 28 de febrero de 1992, al 31 de agosto de 1992 y al 31 de octubre de 1992, así como la parte o porción de esos Costos Financieros que corresponden a la deuda mantenida por "CADAPE" con "MAPLATEX" en relación a cada uno de los contratos 86-0482-5029 y 90-0203-5029".

"5. Sobre los Costos Administrativos que "MAPLATEX" ha tenido durante los años 1988 y 1989 que corresponden a la ejecución del contrato N° 86-0482-

5029 por haberse prolongado el lapso de ejecución del mismo, desde diciembre de 1987 hasta el 31 de mayo de 1989, así como sobre el hecho de que en relación a este contrato no aparece ningún pago por concepto de aumento en las cantidades de los suministros contratados. Para esta determinación, el o los expertos aplicarán las disposiciones del documento principal y demás documentos del contrato mencionado, principalmente las estructuras de los precios unitarios de la oferta de "MAPLATEX" y de los análisis de ajustes de precio efectuados por "CADAPE".

"6. Sobre que el pago del anticipo del contrato N° 86-0482-5029, fue efectuado el 20 de octubre de 1986, y que las cartas de crédito enumeradas en el cuadro relacionado en la reclamación B), aparte 5.1.c, fueron aperturadas y pagadas al 20% en las fechas indicadas en tal cuadro. Asimismo, que los materiales comprados con estas cartas de crédito fueron nacionalizados en las fechas relacionadas en el aparte 5.1.d., de la misma reclamación B)".

"7. Sobre que las fechas de pago y recepción de materiales de las órdenes de compra emitidas por "MAPLATEX" a favor de los proveedores a que se refiere nuestra carta N° GG-171/87 del 3 de septiembre de 1987 se encuentran registradas y contabilizadas con los comprobantes de diario y en las fechas que se indican en la reclamación B), aparte 5.1.e.".

"8. Sobre que el pago del anticipo del contrato N° 86-0482-5029, fue efectuado el 20 de octubre de 1986 y que las solicitudes de conformidad de importación enumeradas en la reclamación B), aparte 5.1.f, fueron solicitadas y obtenidas las conformidades de importación, aperturadas las cartas de crédito respectivas y pagadas en las fechas indicadas en dicho cuadro".

"9. Respecto de los Costos Financieros que ha tenido que soportar "MAPLATEX" relación al pagaré S/N de fecha 26 de junio de 1987 del Banco Latino a partir del 16 de marzo de 1989 y hasta el 28 de febrero de 1992, el 31 de agosto de 1992 y al 31 de octubre de 1992. Asimismo, respecto del monto que adeuda "CADAPE" a "MAPLATEX" por concepto de la pérdida en la venta de los bonos de la deuda pública de "CADAPE", con que esta empresa canceló las valuaciones 32 y 33 del contrato 86-0482-5029".

La experticia fue evacuada dentro del término concedido al efecto (el 15 de diciembre de 1992) por el único experto designado de consuno por los

comprometientes, ciudadano César Augusto Morales P., Contador Público, titular de la Cédula de Identidad número 924.798, e inscrito en el Colegio Público de Contadores bajo el número 69. Los resultados del correspondiente Informe Pericial aparecen en autos, y el Tribunal Arbitral le reconoce eficacia procesal plena, no solamente por haber sido evacuada la prueba conforme a derecho y con sujeción a lo solicitado por el promovente, sino también por la calificación del experto designado, quien es miembro de la firma Pérez Mena, Everts, Morales y Asociados, auditores externos de “CADAFE”.

El método seguido por el experto, según aparece de las páginas 11 a 13 del Informe Pericial, consistió en relacionar los montos adeudados por “CADAFE” en cada lapso con los costos financieros que “MAPLATEX” sufría en el respectivo lapso, por causa del retardo en los pagos. Como se deriva del texto del Informe Pericial, en el mismo se tuvieron en cuenta (por lo que atañe a los mayores costos financieros incurridos por “MAPLATEX”) las fechas de los cortes de cuentas y las fechas de pagos para cada valuación. Dicho método el Tribunal lo considera **idóneo y equitativo**, lo cual resulta corroborado por el hecho de que los resultados de los cálculos arrojaron cifras inferiores a las del Informe de la Comisión Caso “MAPLATEX”, elaborado por funcionarios de “CADAFE” (que incluyó a funcionarios de la Contraloría Interna, de la Consultoría Jurídica y de la firma de auditores externos contratados por “CADAFE”, “Lara, Rodríguez, Marambio y Asociados”). En dicho Informe Pericial, el cálculo de los costos financieros imputables a la falta de pago de “CADAFE” se hizo rebajando de cada valuación o factura el lapso de dos (2) meses de financiamiento de “MAPLATEX”, contractualmente estipulado, lo cual resulta inobjetable, y así se declara.

El Informe Pericial establece el monto de los daños, basado en la contabilidad y en los soportes contables de “MAPLATEX” y no en base a prorrata. No se establecen esos daños como costos existentes antes del incumplimiento, sino como costos resultantes del incumplimiento, pues se relacionan los saldos adeudados por “CADAFE” en cada momento y en cada período con los costos financieros de “MAPLATEX” en esos mismos períodos, lo cual se considera **justo y razonable**, y así se establece.

.2 Experticia solicitada por “CADAFE”

El 16 de diciembre de 1992, “CADAFE”, por intermedio de su apoderado, abogado Richard Bracho Montilva, promovió una experticia “en las

contabilidades de “CADAFE” y “MAPLATEX””, a fin de que los expertos designados dictaminen sobre los siguientes puntos: 1) **“... en la contabilidad de “CADAFE”** los expertos verificarán en los libros y comprobantes de la Empresa, las sumas efectivamente pagadas a **“MAPLATEX C.A.”** con motivo de la compra de los medidores bifásicos y monofásicos ...” a que se refieren los contratos mencionados en el Compromiso Arbitral, y determinarán el saldo arrojado por la contabilidad de **“CADAFE”**; 2) **“... en la contabilidad de “MAPLATEX”** los expertos determinarán los precios unitarios y globales de los citados medidores, cotizados por **“MAPLATEX”**, tomando en consideración los reconocimientos de precios acordados; luego compararán este resultado con el obtenido al dictaminar sobre el punto 1) que antecede, a fin de determinar la conformidad o inconformidad entre los mismos; **seguidamente, señalarán el precio “... que en definitiva pretende “MAPLATEX”, a cuyo efecto sumarán a lo pagado por “CADAFE” los costos financieros y administrativos reclamados por “MAPLATEX”, y acto continuo compararán los precios cotizados por “MAPLATEX” en su oferta con “el que en definitiva pretende recibir por la fabricación de los medidores”,** y 3) **“... de acuerdo a la contabilidad y los comprobantes de “MAPLATEX”, los expertos determinarán los costos directos de fabricación de los medidores, conforme a “los principios generalmente aceptados en materia de contabilidad de costos”, con miras a obtener su costo, al cual “se agregará el margen de utilidad estimado por “MAPLATEX” C.A. en las ofertas presentadas a “CADAFE”, atendiendo a la estructura de costos diseñada al efecto”. “El precio unitario de los medidores, hechos los recálculos correspondientes se comparará (sic.) con el precio unitario que en definitiva pretende “MAPLATEX C.A.”.**

Mediante escrito fechado el 17 de diciembre de 1992, **“MAPLATEX”**, por conducto de su apoderado, abogado Enrique Lagrange, se opuso a la admisión de la reseñada prueba de experticia, por considerarla ilegal e impertinente, oposición que fundamentó en las razones siguientes: 1) Que **“CADAFE”** pretende se realice un examen general de sus propios libros de contabilidad y de los de **“MAPLATEX”**, sin indicar sobre cuáles libros, ni respecto de cuáles años, versará el dictamen de los expertos, y que tal examen general sólo es posible en los casos previstos en el artículo 41 del Código de Comercio, no encuadrando en ninguno de ellos el caso de la especie, y 2) Que el artículo 42 **eiusdem** admite la presentación de los libros de comercio **“sólo para el examen y compulsa de lo que tenga relación con la cuestión que se ventila, lo cual**

deberá designarse previa y determinadamente”, y que “CADAFE” no señala “de manera concreta y precisa” en cuáles de sus libros o de los correspondientes a “MAPLATEX” se verificará la experticia, ni ésta versa sobre la cuestión que se ventila, pues lo que se discute no son los costos de los medidores, sino las reclamaciones por costos financieros y administrativos incurridos por “MAPLATEX” por causa de la mora de “CADAFE” en la realización de sus pagos, y por la pérdida incurrida en la venta de Bonos de la Deuda Pública de “CADAFE” y sus correspondientes costos financieros.

El mismo 17 de diciembre de 1992, el Juzgado de Sustanciación del Tribunal de Arbitraje admitió la prueba promovida, salvo la apreciación, en definitiva, de la oposición formulada por “MAPLATEX”, “en razón de que los motivos alegados por la parte opositora son cuestiones de fondo que deben ser resueltas en el Laudo”.

El día 22 de diciembre de 1992, las partes, de consuno, designaron como único experto al ciudadano Augusto César Morales P., a quien le fue concedido un término que vencería el 12 de enero de 1993, para la presentación del correspondiente Informe Pericial. El día 29 de diciembre de 1992, el experto designado solicitó una prórroga del lapso que le había sido otorgado para rendir su Informe, prórroga que le fue denegada, pues los comprometientes no se avinieron sobre ella. El experto no consignó su Informe dentro del término que le fue concedido al efecto y, por tanto, la prueba de experticia promovida por “CADAFE” no llegó a evacuarse, y así se establece.

El Tribunal Arbitral considera, en virtud de lo que antecede, que resulta inútil considerar y decidir la oposición formulada por “MAPLATEX” a la admisión de la experticia promovida por “CADAFE”, y así se declara.

APRECIACION GENERAL DE LA PRUEBA

Todas las pruebas promovidas y evacuadas por los comprometientes -con la única excepción que será expuesta en párrafo aparte- comprueban los hechos alegados por ellas, que son coincidentes. **Gratia argüendi**, ambas partes admiten haber suscrito dos (2) contratos, distinguidos con los números 86-0482-5029 y 90-0203-5029, mediante los cuales “MAPLATEX” se comprometió

a suministrarle a "CADAFE", por su exclusiva cuenta, con sus propios elementos, en perfectas condiciones y a la entera satisfacción de esta última, un total de Doscientos Sesenta y Siete Mil (267.000) medidores monofásicos y Doscientos Sesenta y Seis Mil (266.000) medidores bifásicos. De igual manera, las partes comprometientes admiten que los contratos de suministro en referencia fueron objeto de sucesivas prórrogas, producto de las dificultades enfrentadas por "MAPLATEX" durante la fabricación de los medidores, por una parte; y por la otra, que "CADAFE" no pagó oportunamente las valuaciones presentadas por "MAPLATEX". Los problemas que las separan, y que han motivado la presente controversia, se refieren a la distinta apreciación que ellas hacen de los referidos hechos, a las consecuencias jurídicas que pretenden derivar de los mismos, y a su diferente concepto sobre los preceptos legales aplicables al caso de la especie. Así, mientras "MAPLATEX" pretende que los mayores costos financieros incurridos por ella deben ser sufragados por "CADAFE", porque si ésta le hubiera pagado oportunamente dichos mayores costos no se habrían producido, "CADAFE" pretende, por el contrario, que los antedichos mayores costos forman parte de las contingencias a que se encuentran expuestos quienes operan en el ámbito mercantil o industrial, y que, en todo caso, las responsabilidades que podrían derivarse a cargo de "CADAFE" por causa de su retardo en los pagos no son ilimitadas, como lo pretende "MAPLATEX", sino que se encuentran tasados legalmente. Mientras "MAPLATEX" pretende que los mayores gastos administrativos incurridos por ella son una consecuencia de la tardanza de los pagos efectuados por "CADAFE", ésta, sin desconocer dichos mayores gastos, ni discutir su cuantía, pretende que la forma pactada para la determinación del precio, no admite incrementos de ninguna especie. Finalmente, mientras "MAPLATEX" pretende que "CADAFE" debe resarcirle la diferencia que medió entre el valor nominal de los Bonos de la Deuda Pública de "CADAFE" que le fueron entregados en pago a "MAPLATEX" y el valor de realización de los mismos, así como los costos financieros incurridos desde entonces, "CADAFE" se niega a ello, por considerar que los Bonos en referencia no fueron enajenados mediante una negociación pública.

Las partes, como se observa, no discrepan en relación con los hechos -salvo en el caso excepcional que destacaremos luego-, sino en la apreciación de los mismos, en las consecuencias jurídicas que de ellos emergen y en las eventuales limitaciones legales que confinan sus responsabilidades.

Hay una sola cuestión de hecho sobre la cual no hay acuerdo entre las partes: Mientras “MAPLATEX” sustenta y afirma que todos los mayores costos financieros y gastos administrativos incurridos por ella deben ser afrontados por “CADAFE”, **porque tales costos son una consecuencia exclusiva, directa e inmediata de los incumplimientos de pago de “CADAFE”**, esta última pretende que dichos mayores costos, financieros y administrativos, sólo obedecen **en parte** al retardo en el cumplimiento de sus obligaciones dinerarias, porque **en parte** también tienen por causa los retardos en los suministros a “MAPLATEX”, por parte de sus proveedores, de las materias primas de origen nacional, así como las dificultades enfrentadas para la obtención de divisas necesarias para la adquisición de insumos importados, que esa Empresa requería para la fabricación de los medidores de energía eléctrica, discrepancia esta que analizaremos más adelante.

CAPITULO VI

DECISION, EN DERECHO, SOBRE LA RECLAMACION
FORMULADA POR “MAPLATEX” A “CADAFE” POR LOS COSTOS
FINANCIEROS INCURRIDOS COMO CONSECUENCIA DE LA
FALTA DE PAGO OPORTUNO, POR PARTE DE “CADAFE”, DE LAS
VALUACIONES CURSADAS Y CONFORMADAS, RESULTANTES
DE LA EJECUCION DE LOS CONTRATOS 86-0482-5029 Y
90-0203-5029, Y COMO CONSECUENCIA DE LA DEMORA EN EL
RECONOCIMIENTO Y POSTERIOR PAGO DE LOS AJUSTES POR
DIFERENCIA DE PRECIO, DE ACUERDO A LOS
CONTRATOS EN REFERENCIA

I.- Como se recordará, según alega “MAPLATEX”, el incumplimiento crónico, injustificado y creciente de sus pagos por parte de “CADAFE”, tuvo el efecto de hacer incurrir a “MAPLATEX” en demora de las operaciones que venía desarrollando para dar cumplimiento a los compromisos derivados de los contratos mencionados en el epígrafe, y con la consecuencia, también, de haber forzado a “MAPLATEX” a contraer deudas bancarias, tanto para cubrir sus déficits de caja, como para procurarse capital de trabajo, a los fines de la producción contratada, deudas que han generado un costo financiero, que ha

debido sufragar “MAPLATEX”, por montos considerables, en abierta contradicción -según ella- con las previsiones del arreglo económico y financiero que las partes tuvieron en cuenta al contratar. En la parte narrativa del presente Laudo ya fueron reseñados los alegatos que en apoyo de su pretensión expone “MAPLATEX”, y los que por su parte aduce “CADAFE”, para contrariar esa pretensión.

El Tribunal observa:

El Derecho, como sistema adecuado para lograr la convivencia humana, se halla montado sobre dos principios que, por así decirlo, constituyen sus vigas maestras. Según uno de esos principios **nadie puede causar daño a otro**, principio este que podría formularse de esta otra manera: “El respeto al derecho ajeno es la paz”. El otro principio, que viene a ser una derivación o consecuencia del anterior, consiste en que **quien causa un daño a otro debe repararlo**. La reparación de todo daño causado, por tanto, obliga a su autor (agente dañoso) al resarcimiento, con independencia del carácter o naturaleza del daño, **y sin limitaciones de ninguna clase**, salvo que la ley haya tasado dichos daños, de una manera no susceptible de ser variada por los particulares, o salvo que éstos, por acuerdo entre ellos, hayan tarifado los daños futuros que pudieran causarse.

Estos “principios generales del derecho”, inspirados en la justicia, y que son, por lo demás, intuitivos y de sentido común, informan a casi todas las legislaciones, y también a la nuestra.

Cuando no media contratación, el legislador venezolano ha dispuesto, en el artículo 1.185 del Código Civil, que “el que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo”. Es el principio general llamado **de la responsabilidad aquiliana**.

Por otra parte, nuestro Código Civil, al referirse a los efectos de las obligaciones, ordena que éstas “deben cumplirse exactamente como han sido contraídas” y que “**el deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención**” (artículo 1.264 *eiusdem*).

En esta forma, los principios generales mencionados al comienzo se hallan plasmados en el ordenamiento jurídico positivo, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual.

El régimen legal de la responsabilidad civil incluye la consideración de las situaciones que se estiman como atenuantes y eximentes de la responsabilidad que incumbe al autor del hecho dañoso, es decir, la enumeración de las excepciones a la regla general que establece la obligación de reparar el daño causado. Los motivos que atenúan la responsabilidad son: el estado de necesidad (artículo 1.188), la compensación de culpas (artículo 1.189) y la pluralidad de culpas (artículo 1.195). Las situaciones que constituyen circunstancias eximentes de la responsabilidad civil, bien porque no constituyen conducta culposa o porque no existe relación de causalidad entre conducta culposa y daño causado, son: la ausencia de culpa, la conducta objetiva lícita, la legítima defensa (artículo 1.188) y la causa extraña no imputable (artículos 1.271 y 1.193). A esta última categoría pertenecen el caso fortuito y la fuerza mayor (artículo 1.272).

La ley proclama que “los daños y perjuicios se deben generalmente al acreedor, **por la pérdida que haya sufrido y por la utilidad de que se le haya privado...**” (artículo 1.273 del Código Civil), con ciertas limitaciones, como las que consisten en circunscribir la obligación del deudor a resarcir únicamente los daños y perjuicios **previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato**, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo” (artículo 1.274 del Código Civil), y los que sean consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación (artículo 1.276 del Código Civil). El resarcimiento de los daños y perjuicios contractuales -sólo con las limitaciones expresamente señaladas por la ley-, propende, en cierto modo, al cumplimiento de la voluntad expresada por los contratantes. Es una sanción al incumplimiento; sirve de acicate para que el contrato sea cumplido en los mismos términos en los cuales fue concebido.

La obligación de resarcir los daños y perjuicios causados armoniza con el principio de que “los contratos tienen fuerza de ley entre las partes” (artículo 1.159 del Código Civil), y con la disposición del artículo 1.160 *eiusdem*, con arreglo a la cual “los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”. El resarcimiento es una obligación enmarcada en la **equidad**, porque el contratante no puede resultar perjudicado por el incumplimiento definitivo o por el retardo en el incumplimiento de su co-contratante.

Quien contrata, especialmente en los cambiantes tiempos que vivimos, si es previsor, toma en cuenta todas las circunstancias imperantes en el medio que le rodea. Si es comerciante, como ocurre con los comprometientes a quienes vinculará este Laudo, analiza todos los elementos que le permitirán cumplir con su obligación. Si es un industrial, tendrá presentes cuáles son los costos de las materias primas que utilizará, cuáles las cantidades que pagará por la fuerza laboral utilizada y, en general, todo cuanto tienda a definir el costo del producto que será objeto de venta o de suministro. Mas, **quien contrata no puede partir sino de la hipótesis de que el adquirente de sus productos le pagará en la oportunidad o en las oportunidades expresamente pactadas. Las consecuencias del incumplimiento no pueden ser sopesadas al tiempo de contratar, porque se ignora si el mismo ocurrirá y, en caso afirmativo, cuáles serán su grado y alcances.** Cuando el deudor no paga en las oportunidades convenidas, sufre un desbalance el equilibrio económico-financiero tomado en cuenta por el vendedor o proveedor para fijar su precio, a fin de poder sufragar los costos incurridos y obtener una utilidad razonable.

En los tiempos que vivimos, azotados por un progresivo deterioro de nuestro signo monetario (el bolívar se ha devaluado, en 4 años, casi en un 100%) y por elevadísimas tasas activas de intereses (los intereses que cobra la banca comercial pueden ascender hasta el 60%, y con el pago anticipado de los mismos, y las comisiones cobradas por los bancos, pueden situarse hasta en un rango del 70%), el acreedor está expuesto a **graves daños**, que puede inferirle su deudor, si no satisface en forma cabal y oportuna las obligaciones dinerarias a su cargo. **Dos hechos, pues, agobian al acreedor de nuestros días, cuando el deudor no le paga oportunamente: la depreciación de la moneda** (su pérdida de capacidad adquisitiva por el transcurso del tiempo) **y la carga financiera que comporta el endeudamiento.** Cuando el deudor no le paga oportunamente a su acreedor, éste, si aporta fondos propios -porque los tiene- para cumplir las obligaciones contraídas o, en todo caso, para proseguir el ritmo de sus actividades económicas, sufre el impacto de la depreciación de la moneda cuando el deudor moroso le paga a destiempo, pues la moneda que recibe no tiene el mismo poder adquisitivo que la que hubiera recibido si el deudor le hubiese pagado a tiempo. Si el acreedor, por carecer de fondos propios -en el trance de la falta de oportuno pago por parte de su deudor-, se ve obligado a recurrir a las instituciones financieras para hacerse de los fondos necesarios para atender puntualmente sus obligaciones o sobrevivir en el

marco de sus actividades específicas, entonces se halla expuesto al pago de intereses que, hoy por hoy, sólo pueden calificarse de "cuasiconfiscatorios". Por supuesto que la peor situación que puede confrontar el acreedor, ante la mora de su deudor, es aquélla en la cual, concurrentemente, tiene que aportar fondos propios para proseguir la gestión de su empresa y, simultáneamente, ocurrir a las instituciones financieras en procura de los fondos adicionales que para ello necesita. En todos estos casos, el deudor experimenta **graves daños** en su patrimonio, bien sea cuando suple la mora del deudor con fondos propios, bien sea cuando la reemplaza con el auxilio de las instituciones financieras, bien sea, finalmente, cuando tiene que valerse de ambos tipos de recursos. La Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, en el caso "Inversiones Franklin y Paúl S.R.L.", mediante sentencia del 30 de setiembre de 1992 (consultada en original), ha dicho que "indexar viene a constituir la acción encaminada a actualizar el valor del daño sufrido, al momento de ordenar su liquidación, corrigiendo así la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por su envilecimiento como efecto de los fenómenos inflacionarios... En nuestra legislación está consagrado el principio nominalista, en el artículo 1.737 del Código Civil, el cual establece: 'La obligación que resulta del préstamo de una cantidad de dinero, es siempre la de restituir la cantidad numéricamente expresada en el contrato. En caso de aumento o disminución en el valor de la moneda, antes de que esté vencido el término de pago, el deudor debe devolver la cantidad dada en préstamo y no está obligado a devolverla sino en las monedas que tengan curso legal al tiempo del pago'... Un análisis detallado del referido precepto sustantivo, refleja una atenuación en cuanto a la circunstancia de que el deudor entre en mora, en el cumplimiento de sus obligaciones. En efecto, la disposición citada, consagra la hipótesis de que el aumento o disminución en el valor de la moneda, no incide ni influye en la obligación contraída si ocurre antes de que esté vencido el término de pago; empero, por interpretación a contrario, si la **variación en el valor de la moneda en que se va a pagar la obligación ocurre después de la fecha o tiempo establecido, es posible el ajuste que establezca el equilibrio roto por el aumento o disminución en el poder adquisitivo de la misma...** El examen del precepto en comento abre la posibilidad de aplicar el **método indexatorio**, aun en aquellos casos de deudas dinerarias, siempre que el deudor haya entrado en mora" (el destacado es del Tribunal). Similares razones a las que sirvieron de fundamento al Supremo Tribunal de la República militan para que el acreedor sea resarcido por el deudor moroso cuando aquél experimenta daños

representados por el pago de altos intereses a las instituciones financieras, causados por préstamos que se haya visto obligado a contraer, para cubrir las insuficiencias originadas por la mora del deudor, como acontece en la hipótesis judicial constitutiva de la presente causa. Si las razones aducidas por el Supremo Tribunal se trasladan, *mutatis mutandis*, al caso de la especie, aparecerán evidentes las razones de justicia que median para que la acreedora "MAPLATEX" sea resarcida por los mayores costos financieros incurridos, para cubrir con préstamos bancarios el espacio de insuficiencia de recursos dejado por los incumplimientos de "CADAPE".

El equilibrio contractual impone que el costo de la mora de "CADAPE" sea igual al costo de los recursos sucedáneos arbitrados por "MAPLATEX". Cuando el deudor no cumple con su obligación de pago hace acto de presencia el concepto de **daños y perjuicios**; éstos, en una época como la presente, especialmente cuando se trata del pago de cantidades de dinero, revisten una gran consideración, debido a las altas tasas de interés que rigen en el mercado y a la progresiva devaluación de la moneda, vale decir, al menoscabo de su capacidad-adquisitiva. En tales casos, el acreedor tiene que recibir -porque es de justicia-, no solamente lo que fue acordado con el deudor, sino un complemento que le indemnice todas las repercusiones patrimoniales desfavorables que ha sufrido por causa del incumplimiento. Y **el resarcimiento tiene que ser cabal, total ("principio de reparación o resarcimiento integral")**, con las únicas limitaciones de que los daños y perjuicios resarcibles sean los previstos o previsibles al tiempo de celebrar el contrato, y los que sean una consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento. Se lastimarían la justicia y la equidad si al acreedor no le son reparados todos los daños. En propósito, cabe citar a Salvi, quien asevera que **el remedio ideal sería aquel "... idóneo para eliminar el hecho lesivo y colocar al perjudicado en la misma e idéntica situación en la cual se hallaría, si el hecho dañoso no se hubiese producido. Pero si lo ocurrido no puede ser eliminado, el problema del resarcimiento se reduce a determinar el criterio o método más adecuado para eliminar las consecuencias dañosas del ilícito y colocar a la víctima en una situación 'equivalente' -en la medida en que ello sea posible- a la que se habría producido en ausencia del hecho lesivo"** (SALVI, Cesare; "Risarcimento del Danno", en la obra intitulada "Enciclopedia del Diritto", Tomo XL; Giuffré Editore; Milán; 1989; páginas 1.084 y 1.085). En este mismo orden de ideas, Salvi subraya que el resarcimiento pecuniario tiene

una **función esencialmente económica**, ya que sirve para “trasladar un costo” (Op. Cit.; página 1.087). En definitivas cuentas, pues, la doctrina más calificada reconoce la existencia del “**principio de reparación o resarcimiento integral**” del daño, tanto en materia contractual como extracontractual, excepción hecha -en materia de responsabilidad contractual- de los daños que no pudieron preverse al momento de la celebración de la convención (“**principio de la previsibilidad del daño**”).

En tiempos de inflación y de devaluación monetaria el deudor no puede cumplir durante la mora como si ésta jamás hubiese ocurrido, porque si es comprador estaría adquiriendo el bien de que se trate por menos de lo que fue convenido, por una parte, y porque le estaría entregando a su acreedor una moneda que carece del poder adquisitivo que tenía al vencer el plazo para el pago. Por otra parte, el incumplimiento puede haber colocado al acreedor en el trance de tener que asumir pasivos que le permitieran cumplir el contrato celebrado (si se convinieron pagos durante la ejecución del contrato), o proseguir el curso de sus negocios, sustituyendo los ingresos que esperaba recibir de su deudor con fondos obtenidos en el mercado financiero, o de cualquier otro modo, los cuales, hoy por hoy, comportan el desembolso de intereses exorbitantes.

Los cambios experimentados por la economía nacional, consecuentes a la devaluación de nuestro signo monetario, no son hechos constitutivos de **fuerza mayor**, que acreedor y deudor deban soportar conjuntamente. Únicamente sobre el deudor que incumple gravita el peso **completo** de tales circunstancias. Tal es la situación de “CADAFE”, la cual, en su condición de **deudora**, no puede excusarse de su responsabilidad por la mora mediante la alegación de que su incumplimiento obedece a una situación extraña que no le es imputable, no sólo por lo antes expuesto, sino también porque “CADAFE” no ha invocado ninguna **circunstancia atenuante o eximente de responsabilidad**, razón por la cual el Tribunal no podría sopesar una defensa de tal especie, sin suplir alegatos a una de las partes y sin violar el **principio de la igualdad de las partes en el proceso**.

El legislador, en ocasiones, efectúa una tasación legal de los daños y perjuicios. Tal es el caso de la disposición del artículo 1.277 del Código Civil, según la cual “a falta de convenio en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad

de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten siempre en el pago del interés legal, salvo disposiciones especiales. Se deben estos daños desde el día de la mora, sin que el acreedor esté obligado a probar ninguna pérdida". El interés legal aludido en la disposición anteriormente copiada es el señalado en el artículo 1.746 del Código Civil (que forma parte del articulado del "préstamo a interés"), en el cual se preceptúa que "el interés es legal o convencional. El interés legal es del tres por ciento anual. El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por Ley especial; salvo que, no limitándolo la Ley, excedan en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, caso en el cual será reducido por el Juez a dicho interés corriente, si lo solicita el deudor. El interés convencional debe comprobarse por escrito cuando no es admisible la prueba de testigos para comprobar la obligación principal. El interés del dinero prestado con garantía hipotecaria no podrá exceder en ningún caso del uno por ciento mensual". El interés legal es, pues, en materia civil, del tres por ciento (3%) anual. El legislador ha considerado, con razón sobrada, que quien debe una cantidad de dinero, le causa un daño a su acreedor -en todo caso- cuando se retrasa en el cumplimiento de su obligación. Por tanto, la disposición del artículo 1.277 del Código Civil alude a un **interés presuntivo**; de allí que estos intereses, a los cuales el legislador denomina "daños", se deban desde el día de la mora, sin que el acreedor esté obligado a comprobar ninguna pérdida. Dicho en otras palabras, uno de los efectos de la mora consiste en que el acreedor queda **exonerado** de la prueba del daño que la ley le acuerda -de pleno derecho- en las obligaciones pecuniarias, conforme a la disposición contenida en el artículo 1.277 del Código Civil ("**beneficio de exoneración de la prueba del daño**"). El ordenamiento jurídico estima que quien deja de cobrar lo que se le adeuda en la oportunidad contractualmente prevista sufre un daño; y que ese daño -in genere- sin necesidad de que el acreedor deba comprobarlo, consiste en el interés legal. Por supuesto que las partes pueden celebrar un convenio respecto de la tasación de los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias, diferente al interés legal presuntivamente establecido en la disposición legal en comento.

En la disposición contenida en el artículo 1.277 del Código Civil, el señalamiento de una tasa de interés a título de daños y perjuicios, es una manera de cuantificarlos, pero en realidad no se trata de intereses, sino de daños y perjuicios. Los intereses son, en este caso, un punto de referencia, un recurso utilizado para tarifar la cuantía de los daños... y nada más.

El artículo 1.277 del Código Civil no impide que el acreedor, en **materia civil**, que no recibió de su deudor el pago oportunamente, pueda **exigir el resarcimiento de daños mayores, de todos los que se le hayan causado**. La limitación es la establecida en el artículo 1.746 del Código Civil si el contrato ha sido de "préstamo a interés", pero **tal limitación no se extiende a otros campos de la contratación**. En cualquier contrato distinto al "préstamo a interés", el acreedor puede reclamar al deudor los mayores daños sufridos, **sin límite alguno**.

El artículo 1.277 del Código Civil únicamente es aplicable en **materia civil**, como lo estableció la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, en su sentencia del 9 de febrero de 1981 (Cf. "Gaceta Forense" número 111, Volumen I; Tercera Etapa; Año 1981 -enero-marzo-; páginas 267 y siguientes; y MUCI-ABRAHAM, José; "Límites cuantitativos de los intereses -Apostillas a la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, el 19 de febrero de 1981-", publicado en la Obra intitulada "Los Intereses y la Usura"; Editorial Revista de Derecho Mercantil; Caracas; 1988; Páginas 225 y siguientes).

En el caso de autos, tratándose, como se trata, de un contrato celebrado entre "CADAPE" y "MAPLATEX", que son dos compañías mercantiles, el artículo 1.277 del Código Civil resulta totalmente **inaplicable**, porque las obligaciones derivadas de los contratos celebrados entre ambas tienen carácter **mercantil**, y así se declara.

Aun en el caso de que una sola de las dos comprometientes fuera una sociedad mercantil, las obligaciones derivadas de los contratos que ambas celebraron serían **mercantiles**, por aplicación del artículo 129 del Código de Comercio, con arreglo al cual "si un contrato es mercantil para una sola de las partes, todos los contratantes quedan, en cuanto a él, sometidos a la ley y jurisdicción mercantiles...", y las acciones provenientes de tales contratos, en la hipótesis imaginada, también prescribirían de conformidad con la ley mercantil (artículo 131 *eiusdem*). La invocación de las limitaciones establecidas en el artículo 1.271 del Código Civil no son esgrimibles en el caso **sub-iudice**, porque las obligaciones derivadas de los contratos celebrados **interpartes** no son **civiles -se repite- sino mercantiles**, y así se establece.

En materia mercantil existe una disposición legal que también establece un **interés presuntivo**. Trátase del artículo 108 del Código de Comercio, el cual dispone que “las deudas mercantiles de sumas de dinero líquidas y exigibles devengan de pleno derecho el interés corriente en el mercado, siempre que éste no exceda del doce por ciento anual. Esta disposición consagra el interés legal **presuntivo** en materia mercantil, que puede ser superior a la tasa del tres por ciento (3%) anual establecida como interés legal en materia civil, dependiendo de los tipos de interés vigentes en el mercado, en un momento dado. El legislador ha considerado, atinadamente, que las deudas mercantiles, por su naturaleza, ya que tienen su origen en operaciones **lucrativas**, han de devengar un interés, a partir de su vencimiento, cuando el deudor incumple su obligación de pagar. Tal disposición, empero, no excluye la posibilidad de que el acreedor mercantil pueda pretender que se le paguen los mayores daños que el incumplimiento del deudor le hubiese irrogado, en exceso de la limitación establecida en el artículo 108 citado, incumbiéndole al acreedor la prueba de los mayores daños sufridos. Estos mayores daños, en concepto del Tribunal Arbitral, **no están sometidos a limitación alguna**, sin que sea admisible sustentar, jurídicamente, que a tales mayores daños les es aplicable la limitación establecida por el artículo 1.746 del Código Civil para los intereses de carácter civil, porque el Código de Comercio no contiene ninguna limitación al interés mercantil convencional. De consiguiente, **los daños que deben resarcirse por consecuencia del incumplimiento de las obligaciones mercantiles de sumas de dinero líquidas y exigibles, son todos los que se causen y prueben**, con las únicas limitaciones de que hayan sido previstos o hubieren sido previsibles al tiempo de celebración del contrato, y que constituyan una consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento. **Gratia argüendi**, el Tribunal juzga oportuno citar a Bolaffio, para quien “**el interés moratorio es la liquidación del daño que normalmente y sin necesidad de justificación se considera sufrido por el acreedor como consecuencia del retardo culpable del deudor; reservada al acreedor la facultad, como demostraremos más adelante (n. 233), de probar, en materia comercial... que su daño, consecuencia inmediata y directa del retardo, fue mayor, al efecto de obtener una indemnización específica ulterior (interés compensatorio)**” (BOLAFFIO, Leon; “Derecho Comercial” -Parte General-, Volumen III; Ediar, Sociedad Anónima, Editores; Buenos Aires; 1947; página 187). Así se establece.

A tales mayores daños no les es aplicable la limitación del artículo 1.746 del Código Civil, mediante la invocación de la disposición del artículo 8° del

Código de Comercio, según el cual “en los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil”. Esa limitación no es aplicable en materia mercantil aun cuando el contrato hubiera sido de “préstamo a interés”, porque en materia mercantil el legislador resolvió no establecer limitación alguna, dada la naturaleza de las obligaciones de esa especie. La falta de limitación al interés convencional mercantil no se traduce en una laguna de la ley, sino que constituye una afirmación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes -inspirador de nuestro vigente Código de Comercio- en materia de intereses convencionales mercantiles, lo cual es perfectamente justificable, por los móviles que presiden las transacciones comerciales.

Aunque se sostenga que la limitación establecida en el artículo 1.746 del Código Civil, referente al interés civil convencional, es aplicable en materia mercantil, con fundamento en la disposición del artículo 8° del Código de Comercio, la vigencia de la susodicha limitación estaría circunscrita al “préstamo a interés”, sin que fuere admisible extenderla a otros dominios de la contratación mercantil.

El carácter **presuntivo** de la tarifa de intereses, pagadera por el acreedor al deudor, a título de daños y perjuicios, por la mora consecuencial al retardo en el pago de obligaciones dinerarias, aparece consagrado en un Laudo de fecha 19 de febrero de 1987, dictado por el Tribunal Arbitral al cual correspondió resolver la controversia existente entre la C.A. DE ADMINISTRACION Y FOMENTO ELECTRICO-CADAFE- y el CONSORCIO INTERNACIONAL URIBANTE-CONINTUR- (consúltase *infra*, folio 21 del presente Laudo Arbitral). Similar criterio al expresado en el Laudo citado con anterioridad, se halla vertido en el Laudo dictado el 31 de octubre de 1989 por el Tribunal Arbitral compuesto por los doctores Gonzalo Pérez Luciani, Ney Himiob Martínez y Enrique Lagrange (véase *infra*, folio 22 del presente Laudo).

Cabe destacar que la tesis según la cual el interés legal es sólo la **indemnización mínima** a la cual tiene derecho el acreedor en caso de incurrir en mora su deudor, ha sido reconocida por la Casación francesa en sentencia de fecha 10 de junio de 1895 (consúltase a DEPREZ; “Responsabilité contractuelle”; en *Juris-Classeur Civil*; art. 1.146-1.155; fascículo VIII; 3er. cuaderno; 1.966; n.10), así como por la doctrina germánica (en propósito, WERNER; en *Düringer-*

Hachenburg, "Das Handelsgesetzbuch" vom 10. Mai 1897; Mannheim; 1932; página 584). En idéntico sentido, cabe citar a Mosset Iturraspe y Lorenzetti (MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo; "Derecho Monetario"; Rubinzal-Culconi Editores; Santa Fe -Argentina-; 1989; páginas 103 y 104), quienes afirman textualmente lo siguiente: "Vimos ya que no puede aludirse, estrictamente hablando, a un 'incumplimiento definitivo', (pues) siempre es una cuestión de retardo, zanjada tarde o temprano. Si la mencionamos es para diferenciar la **liquidación automática de la mora**, del artículo 622, de los **otros daños, mayores perjuicios** que el acreedor puede reclamar y a los cuales tiene derecho, sujetos a la prueba de esos menoscabos y a una relación de causalidad adecuada entre el factor de atribución y las consecuencias perjudiciales. Las diferencias son evidentes entre la primera situación, que el artículo 622 califica de mora, y esta segunda, en la cual retornamos a una responsabilidad con base en un factor subjetivo y con necesidad de prueba. El tema se conoce en la doctrina con las denominaciones de 'indemnización complementaria' o 'daños mayores' y es clásico oponer la solución del Código francés, artículo 1.153, que negaba la posibilidad, a la del Código alemán, artículo 288, que lo autoriza. El texto de Napoleón fue modificado, por una ley de 1.900, y los **códigos modernos están contestes en la procedencia de una reclamación más amplia que la limitada a los intereses moratorios**. Esta última es la tesis más justa y que más se adecúa al sistema general del Código y a las necesidades del tráfico -que no apuntan, claro está, a alentar el incumplimiento del deudor dinerario-. Dijimos en otra obra: 'El artículo 622, conforme a una <<interpretación inteligente>>, reglaría el perjuicio nacido del retardo -con base en la denominada <<liquidación automática>> - dejando a salvo, al no vedarla expresamente, la indemnización destinada a cubrir los mayores daños sufridos por el acreedor, cuya demostración está a su cargo. En palabras de la Corte Suprema Nacional **el acreedor no tiene derecho sino a los intereses moratorios <<mientras no pruebe un perjuicio especial y distinto de la mera improductividad del capital>>**' (el destacado es del Tribunal).

En idéntico orden de ideas, merece ser citado el Laudo dictado en fecha 13 de diciembre de 1991 por el Tribunal Arbitral integrado por los abogados doctores Víctor Pulido Méndez, Alberto Baumeister Toledo y Alfredo Morles Hernández, el cual, en la oportunidad de resolver las controversias existentes entre la Compañía Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV) y Manufacturas Plásticas

y Telefónicas C.A. (MAPLATEX), dejó sentado el criterio jurisprudencial siguiente:

“Es bien sabido que la doctrina civilista tradicional justifica el tratamiento que se da al resarcimiento del retardo en el cumplimiento de obligaciones dinerarias sobre la base de ‘todo un riguroso sistema a partir de la exégesis del artículo 1.277 del Código Civil’, tal como lo explica Mélich Orsini (Mélich Orsini, José: ‘La mora del deudor en el derecho venezolano’, pág. 243 del Tomo I de la colección de ‘Estudios de Derecho Civil’, Ediciones Fabretón, Caracas 1974. Este trabajo se publicó antes en el Libro Homenaje a Roberto Goldschmidt, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967). Según ese sistema, el artículo 1.277 del Código Civil fija el resarcimiento al cual tiene derecho el acreedor -en caso de mora del deudor- en una suma global y única que resulta del cálculo del interés legal entre la fecha de la constitución de la mora y el momento del pago definitivo. ‘El empleo del adverbio siempre por el referido texto legal debe explicarse, según esto, por el deseo de reforzar esta interpretación derogatoria del derecho común en materia de evaluación de los daños y perjuicios. El acreedor está dispensado de probar el daño, pero en compensación el deudor encontrará limitada su responsabilidad a esa suma evaluada **forfaitairement** por la Ley’ (Mélich Orsini, José, op. cit., pág. 243). Esta interpretación tiene dos consecuencias, tal como lo reseña Mélich Orsini: a) Considerar que la tasa convencional de intereses, cuando es superior a la tasa legal, se rebaja automáticamente al tipo legal durante el período de la mora; b) Excluir toda pretensión del acreedor de reclamar cualquier otro daño que le hubiera producido el retardo. Uno y otro corolario de la interpretación exegética del artículo 1.277 del Código Civil dan lugar a **grandes iniquidades** (maniobras maliciosas del deudor temerario, que preferirá incurrir en mora para pagar intereses más bajos; problemas de iliquidez para el acreedor que pueden conducirlo a embargo de sus bienes; frustración de negocios ventajosos y hasta quiebra del acreedor, etc.). La jurisprudencia ha corregido los **efectos perversos** que se presentan en algunos casos, sobre la base de que es absurdo que el deudor pueda mejorar su situación durante la mora (Mélich Orsini, José, op. cit., pág. 245, nota 56). La doctrina, a su vez, ha señalado que la mayoría de las legislaciones ha buscado fórmulas para atemperar la excesiva rigidez del sistema tradicional, de manera que se permita al acreedor la reclamación de los

mayores daños, en casos excepcionales y mediante la correspondiente comprobación de la autoría directa del deudor. En efecto, existen ciertas normas prohibitivas, limitativas o restrictivas cuya eficacia no presenta problemas en la práctica mientras la economía muestra un comportamiento relativamente normal. En ese terreno se ubica, por ejemplo, el principio del nominalismo, consagrado por el artículo 1.737 del Código Civil. Cuando esa norma fue adoptada por el legislador venezolano, en el país era prácticamente desconocida la inflación. Al producirse la devaluación monetaria de febrero de 1983 y acentuarse el grado de inflación en medida sin precedentes, la norma del nominalismo se convirtió en un dique legal artificial desbordado por la realidad económica. Algo similar ocurrió con las disposiciones sobre intereses 'legales' (primero con la limitación del 3% ubicada en el artículo 1.746 del Código Civil y luego con la del 12% contenida en el artículo 108 del Código de Comercio). En estos últimos casos, debe ser reconocido, que la acción paliativa de la jurisprudencia ha permitido la corrección de algunos **desequilibrios** flagrantes. La limitación del artículo 1.277 del Código Civil es otro ejemplo de la situación comentada. Esa disposición proporciona una medida de la indemnización a la cual tiene derecho el acreedor cuando se produce el supuesto de 'retardo en el cumplimiento' de la obligación del deudor. Ese esquema funcionó de manera pacífica por mucho tiempo, pero en la década del 70, con las alzas mundiales en las tasas de interés, dio signos de **insuficiencia**. Continuar su aplicación en el contexto de la economía inflacionaria que se afianzó a partir de 1983 equivale a cerrar los ojos, a favorecer a los deudores maliciosos, a estimular el retardo en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias, es decir, a propiciar el defectuoso funcionamiento de la economía. La limitación del artículo 1.277 del Código Civil no puede ser ignorada. No puede el Juez derogar la norma legal. Sí puede el Juez, en cambio, adaptar la interpretación de la norma a las nuevas realidades, para lograr un resultado más justo o para evitar que se produzca una iniquidad. Corresponde al profesor José Melich-Orsini el mérito de haber hecho la crítica sistemática de los argumentos favorables a la postura tradicional en torno al artículo 1.277 del Código Civil y haber propuesto una solución distinta, en los siguientes términos: 'En verdad, todas estas complicaciones y los esfuerzos que hacen la doctrina y la jurisprudencia por eludir las injusticias a que conducen los postulados tradicionales de la teoría de la mora y la interpretación del artículo 1.277 en particular, podrían superarse

con sólo distinguir entre los efectos de la 'mora' **stricto-sensu** y del 'retardo culposo' no cualificado especialmente como 'mora'. El sentido del artículo 1.277 C.C. venez. quedaría así reducido a proveer una solución para el caso de mora **stricto-sensu** en el cumplimiento de obligaciones pecuniarias, en tanto que, al presumirlos, excluiría en ese caso la necesidad para el acreedor de probar la extensión y consistencia de los daños que ordinariamente suele acarrearle el retardo del deudor; pero nada prejuzgaría dicho texto legal fuera de la hipótesis de la 'mora', por lo que si el acreedor probare directamente el retardo culposo del deudor (sin mora ex art. 1.269 C.C. venez.) y la consistencia de esos daños en el caso concreto vendría a colocarse directamente bajo el amparo del art. 1.271 C.C. venez., aun si se tratase en el caso de obligaciones puramente pecuniarias (Melich Orsini, José, op. cit., pág. 249). La tesis que distingue entre retardo culposo y mora es resumida así por Melich Orsini: entre el 'retardo culposo' y la 'mora', por lo que respecta a la responsabilidad civil, apenas subsiste la diferencia de que, en caso de simple 'retardo culposo' que no haya llegado a constituirse como 'mora', el acreedor a quien se ofrece el cumplimiento retardado tendrá que probar como fundamento de su pretensión a una indemnización por el retardo, además de presupuesto objetivo del retardo y de la culpa del deudor, la existencia y la consistencia de los daños que le ha ocasionado tal retardo; en tanto que en caso de formal constitución en 'mora' del deudor, operaría en provecho del acreedor la presunción de existir tales presupuestos objetivos y subjetivos del retardo y de existir, además, cuando se tratare de obligaciones pecuniarias, daños en una medida precisa: los llamados 'intereses moratorios' (Mélích Orsini, José, op. cit., pág. 197). Esta interpretación recibió aplicación en el laudo arbitral CONINTUR-CADAFE de fecha 19 de febrero de 1987, caso en el cual se condenó al deudor a pagar los mayores daños en exceso del interés legal, por haber sido probada la culpa grave del deudor (Ver la publicación 'Los intereses y la usura'; Editorial Revista de Derecho Mercantil, Caracas, 1988, págs. 391 a 430). La distinción entre 'mora' **strictu-sensu** y retardo culposo permite restringir el campo de acción de la limitación cuantitativa de la indemnización por responsabilidad civil y da la oportunidad al acreedor de obtener la indemnización satisfactoria en aquellos casos en que compruebe la intención maliciosa o la culpa grave de su deudor. No existe el peligro de que esta doctrina se extienda a los casos más comunes y corrientes de retardo en el cumplimiento de obligaciones dinerarias (la

gran mayoría de los retrasos en los pagos), pues los deudores que retardan el pago por situación apremiante jamás estarían incurriendo en dolo o en culpa grave. Para ellos, la situación sería de 'mora' strictu-sensu y no de retardo culposo. En conclusión, la reclamación de reembolso de costos financieros presentada por MAPLATEX contra CANTV puede ser procedente, aunque exceda los intereses legales, siempre y cuando se cumplan los extremos generadores de la responsabilidad civil contractual: un incumplimiento, daños y perjuicios causados al acreedor, el carácter culposo del incumplimiento y la relación de causalidad entre el incumplimiento culposo y el daño".

La jurisprudencia española, en sede administrativa, ha expresado idéntico criterio al que ha sido expuesto, al interpretar el artículo 1.108 del Código Civil. En efecto, la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo ha admitido la prueba del mayor daño ocasionado por la mora del deudor en los contratos administrativos suscritos entre particulares y los organismos públicos; así, las sentencias del 10 de abril, del 30 de mayo y del 28 de noviembre de 1978, han decidido que además de los intereses pactados o legales, es admisible la indemnización del "perjuicio económico, cierto, probado" y "la existencia de unos gastos que se han producido al prolongarse tales operaciones bancarias", para concluir expresamente que **"la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la mora no puede limitarse al interés legal del dinero fijado en el artículo 1.108 del Código Civil, sino que comprende, a tenor del artículo 1.107 del mismo cuerpo legal, los gastos bancarios que por establecimiento de créditos se ocasionen durante el tiempo de duración de la mora"** (BONET CORREA, José; "Las deudas de dinero"; Editorial Civitas; Madrid; 1981; página 395).

En virtud de todo lo anteriormente considerado y expuesto, este Tribunal Arbitral considera, y así lo establece, que **en los contratos celebrados entre "MAPLATEX" y "CADAFE", son resarcibles todos los daños que pueda y demuestre haber experimentado "MAPLATEX", a consecuencia de la demora en los pagos incurrida por "CADAFE", independientemente en la cuantía de tales daños y de que los mismos obedezcan o no a culpa de "CADAFE", siempre que los mismos resulten debidamente demostrados. En el caso de la especie no son aplicables, para nada, las limitaciones de los artículos 1.271 y 1.746 del Código Civil y del artículo 108 del Código de Comercio, y así se declara. Los**

daños y perjuicios que deben ser indemnizados son todos los causados, previstos o previsibles para la fecha de celebración de los contratos **interpartes**, y que sean consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento, siempre y cuando tales daños y perjuicios sean probados de manera fehaciente, con absoluta prescindencia de que haya mediado o no falta del deudor, **extiemo que no exige disposición legal alguna**. La "teoría de la culpa" -en ausencia de texto expreso de ley- no tiene cabida en este ámbito de la contratación, al menos como requisito cuya demostración incumba al acreedor, y así se declara.

Pasa ahora el Tribunal a examinar si los daños y perjuicios que pretende "MAPLATEX" le sean indemnizados por "CADAFE", conexas a la reclamación que se analiza, habían sido previstos o eran previsibles para la fecha de celebración de los contratos celebrados entre los comprometientes.

II.- La propia ley se encarga, como lo hemos visto al comentar las disposiciones de los artículos 1.746 del Código Civil y 108 del Código de Comercio, de considerar que es **previsible** la causación de daños por falta de pago de las obligaciones dinerarias; de allí que establezca, en los dos citados preceptos, una **tarifa presuntiva** de intereses, a título de daños y perjuicios, cuando tal especie de obligaciones, en materia civil o en materia mercantil, no son pagadas a su vencimiento, de lo cual debe concluirse que, **en concepto del legislador venezolano, es previsible el daño consecuencial a la falta de oportuno pago de las obligaciones dinerarias**. Así se declara.

En el caso de los contratos celebrados entre "MAPLATEX" y "CADAFE", uno el 4 de agosto de 1986 y otro el 8 de marzo de 1990, los costos financieros en que habría de incurrir "MAPLATEX", si "CADAFE" no le pagaba **in tempore oportuno** las cantidades previstas en los citados contratos (bien por no saldar oportunamente las valuaciones cursadas y conformadas, bien por la mora en el reconocimiento y posterior pago de los ajustes por diferencia de precios), el carácter **previsible** de los daños debe considerarse que era y es **evidente**, puesto que el primer contrato celebrado por las partes, en 1986, lo fue con posterioridad a la instauración, en Venezuela, del "Régimen de Cambios Diferenciales" en 1983. Desde ese año de 1983 en adelante, la economía venezolana se ha caracterizado por una **notoria** tendencia alcista de los intereses activos de las instituciones de crédito y también por una **inocultable**

tendencia creciente a la devaluación de nuestro signo monetario. A juicio de este Tribunal Arbitral, tanto la tendencia alcista de los intereses activos de los institutos de crédito como la permanente devaluación de la moneda nacional constituyen **hechos notorios**, y, por lo tanto, conforme a la disposición contenida en el único aparte del artículo 506 **in fine** del Código de Procedimiento Civil, **no son objeto de prueba** ("**notoria non egent probatione**"). Según Calamandrei, son hechos notorios "... aquellos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social para el momento en que se produce la decisión" judicial (CALAMANDREI, Piero; "Opere Giuridiche"; Volumen V; Morano Editore; Nápoles; 1972; páginas 425 y siguientes), mientras que para Couture son notorios aquellos hechos "... que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado" (Cf. COUTURE, Eduardo J.; "Fundamentos del Derecho Procesal Civil"; Ediciones Depalma; Buenos Aires; 1977; página 235), o como dice Stein -citado por Rengel- "existe notoriedad fuera del proceso, cuando los hechos son tan generalizadamente percibidos o divulgados sin refutación, con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse tan convencido de ellos como el Juez en el proceso con base en la práctica de prueba" (RENGEL ROMBERG, Aristides; "Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano"; Tomo III; Editorial Arte; Caracas; 1992; página 255). La posición asumida por el Tribunal Arbitral es coincidente con el criterio jurisprudencia sentado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en fallo de fecha 30 de septiembre de 1992, caso "Inversiones Franklin y Paul S.R.L.", en el cual esa Corte sostuvo que **la inflación es un hecho notorio**. Más aún, el criterio sostenido por el Máximo Tribunal de la República concuerda con la posición de la jurisprudencia comparada (en propósito, cabe citar Apel. Rosario, Sala III CC, 31 de agosto de 1961, citada por MUÑOZ SABATE, Luis; "Técnica Probatoria" -Estudios sobre las Dificultades de Prueba en el Proceso-; Editorial Praxis S.A.; Barcelona; 1983; página 40).

De resultas de lo expuesto precedentemente puede decirse, con toda propiedad, que en los tiempos que vivimos -y, en particular, a partir del año 1983- la falta de oportuno pago de las obligaciones dinerarias produce ingentes daños, consistentes en el pago de crecidas sumas, por intereses, a las instituciones financieras, cuando el acreedor tiene que recurrir a ellas, para colmar el vacío.

producido por la falta de oportuno pago de las obligaciones que le son adeudadas o, en todo caso, producto de la depreciación de la moneda nacional. En una economía inflacionaria, los daños consecuenciales a la demora en el pago de las obligaciones dinerarias son -sin lugar a duda alguna- **previsibles**, y esa previsibilidad de los daños producto de la falta de pago oportuno de las obligaciones dinerarias constituye, a juicio del Tribunal, una “**máxima de experiencia**”, que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia definió recientemente en los siguientes términos:

“Según Stein (citado por Allorio) las **máximas de experiencia** son juicios hipotéticos de contenido general, sacados de la experiencia, sean luego leyes tomadas de las distintas ramas de la ciencia; o aun simples observaciones de la vida cotidiana, son reglas de la vida y de la cultura general formadas por inducción.

Entre los muchos rasgos que la doctrina señala a las máximas de experiencia, son dos fundamentales que explican por sí solas, a saber: esas distintas leyes de la naturaleza o ese conocimiento de lo que generalmente acontece, gozan de una **dispensa de prueba**, por ser absolutamente innecesaria; y el Juez debe tener la facultad o el derecho de servirse de sus propios conocimientos, de su ciencia privada, a fin de que pueda integrar con aquéllas, las normas jurídicas adecuadas en el caso para resolver una controversia.

Para Ricardo Henríquez La Roche: ‘Son reglas que contribuyen a formar el criterio del juzgador para la apreciación de los hechos y de las pruebas, son **verdades generales obvias**, principios abstractos que informan el entendimiento especulativo y el entendimiento práctico en orden a la comprensión de los hechos y sus consecuencias. Se diferencian de los hechos notorios porque éstos, como su nombre lo indica, son hechos, en tanto las máximas de experiencia son **normas de criterio...**’ (véase el fallo de fecha 30 de setiembre de 1992, caso Franklin y Paul S.R.L.)

En concepto del Tribunal Arbitral, en las definiciones que anteceden encuadra o puede subsumirse el carácter **previsible** de los mayores daños que podía ocasionar a “MAPLATEX” la falta de oportuno pago (mora), por parte de “CADAFE”, de las citadas obligaciones que tuvieron su fuente en los contratos

números 86-0482-5029 y 90-0203-5029, del 4 de agosto de 1986 y del 8 de marzo de 1990, y así se establece.

A lo expuesto cabe agregar, en apoyo del carácter **previsible** atribuido por el Tribunal a los mayores costos financieros experimentados por "MAPLATEX" a consecuencia la falta de oportuno pago de sus obligaciones dinerarias por parte de "CADAFE" (por valuaciones y por ajustes), que en un Informe, que corre en autos, distinguido con el N° 50-290-JD-09, del 25 de abril de 1988, enviado a la Junta Directiva de "CADAFE" por la Vicepresidencia Ejecutiva -Dirección de Distribución y Ventas- de dicha empresa, se consideran, a los fines de reconocer incrementos de precios a los equipos suplidos por "MAPLATEX" a "CADAFE", "la administración y gastos generales, la utilidad y los **gastos financieros**", lo que viene a corroborar, que dichos mayores costos sufragados por "MAPLATEX", de resultas de la mora de "CADAFE", eran **previsibles** para esta última empresa, debiendo considerarse satisfecho, por tanto, en el caso de la especie, el requisito previsto en el artículo 1.273 del Código Civil, de que los daños y perjuicios resarcibles son únicamente **los previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato**, y así se declara.

Por otra parte, "CADAFE", ni en el Compromiso Arbitral, ni en su escrito de alegatos, ni en ninguna otra oportunidad del procedimiento seguido en esta causa, ha alegado que no fueran previsibles los daños y perjuicios de carácter financiero causados a "MAPLATEX" por el retardo incurrido en sus pagos (por valuaciones y ajustes) por parte de "CADAFE", a lo que se añade que, según "CADAFE", "el simple retardo en los pagos constituye un acontecimiento perfectamente factible en cualquier negociación o contratación, cuya ocurrencia se resuelve con el pago de intereses", lo que significa que "CADAFE" acepta, que el retardo en sus pagos ha causado daños y perjuicios a "MAPLATEX", limitándose a discutir la cuantía de los mismos, y sustentando la pretensión de que los mismos se hallan tasados legalmente.

En consideración a todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal Arbitral considera, y así lo establece, que los mayores costos financieros incurridos por "MAPLATEX", a causa de la mora de "CADAFE", eran daños y perjuicios **previsibles** para CADAFE.

Por otra parte, el Tribunal Arbitral estima necesario subrayar que, conforme a lo dispuesto por el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, "MAPLATEX"

tenía -en principio- la carga de probar (**"onus probandi"**) los hechos constitutivos del derecho al resarcimiento que ha hecho valer. La norma legal **in commento** dispone que "las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho", y que "quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación". Sin embargo, debe destacarse que "CADAFE", al rechazar la pretensión de "MAPLATEX" bajo análisis (Compromiso Arbitral, folio 18) aseveró que **"... el mayor tiempo en la entrega de los medidores y, por lo tanto, el alargamiento del ciclo de producción" y -por lo tanto- los daños y perjuicios consecuenciales "no se origina únicamente por el supuesto retardo de Cadafe en el pago de las valuaciones, como pretende ahora sostener Maplatex, sino también en que la contratista había sufrido, según lo alegó en su oportunidad, retardos en los suministros de materias primas de origen nacional y dificultades para la obtención de divisas necesarias para la adquisición de insumos importados que la llevaron a solicitar una prórroga"**. Más aún, "CADAFE" sostuvo (Compromiso Arbitral, folio 16) que **"la obligación de Cadafe consiste en el pago de una suma de dinero; y por lo tanto, los daños y perjuicios causados con el retardo en su cumplimiento consisten siempre en el pago del interés legal, a tenor del artículo 1.277 del Código Civil"**. En criterio del Tribunal, independientemente del empleo del vocablo "supuesto" por parte de "CADAFE", las declaraciones transcritas precedentemente evidencian que esa empresa reconoce o admite que los daños sufridos por "MAPLATEX" son consecuencia **-al menos en parte-** del retardo con el cual "CADAFE" pagó sus obligaciones contractuales. Dicho en otras palabras, frente a la reclamación formulada por "MAPLATEX", "CADAFE" ha opuesto una **excepción**, a través de la cual afirma que el daño no le es imputable **parcialmente** y, comoquiera que el demandado tiene la carga de probar los hechos impositivos, destructivos o excluyentes del derecho invocado por el actor, es evidente que correspondía a "CADAFE" demostrar en autos que su incumplimiento **no** ocasionó la totalidad de los daños reclamados por "MAPLATEX", para lo cual -a juicio de este Tribunal- debía comprobar que sólo una parte de dichos daños -la cual debía "determinar" (ergo, cuantificar) con precisión- era consecuencia **directa e inmediata** de sus incumplimientos contractuales. En virtud de la defensa invocada por "CADAFE" en el Compromiso Arbitral, en el punto analizado se **invirtió la carga de la prueba**, y quedó "MAPLATEX" **relevada** de la carga relativa a la probanza del nexo de causalidad existente entre el daño -la

totalidad del daño-y la mora en que incurrió "CADAFE". Portanto, correspondía a "CADAFE" demostrar que su retardo no había sido la "causa eficiente" de la totalidad de los daños reclamados por "MAPLATEX", y así se establece.

A cuanto ha sido expuesto previamente, cabe agregar que "CADAFE", a pesar de que sobre ella recaía la carga de la prueba, dada su condición de demandada-excepcionante, **no demostró** que su incumplimiento sólo hubiese producido una **parte o fracción** de los daños y perjuicios reclamados por la actora, razón por la cual debe sucumbir en la presente reclamación, y ello porque, según enseña la doctrina más calificada, **la esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en la "... instrucción dada al Juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no pueda comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante. La decisión debe dictarse en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la afirmación de hecho no aclarada"** (véase a ROSENBERG, Leo; "La carga de la prueba"; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires; 1956; páginas 2 y 3). Así se declara de manera expresa.

En este mismo orden de ideas, cabe citar el fallo dictado por la Corte Superior Primera en fecha 22 de mayo de 1969, caso Fermín Pérez vs. Angelina Pérez (consúltese la "Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay"; Tomo XXI; Ramírez & Garay S.A.; páginas 34 y 35), en el cual se sostuvo que "la máxima '**actori incumbit comprobandi**' no significa que la carga de la prueba siempre corresponderá al actor, sino que a él, ordinariamente es a quien corresponderá demostrar los hechos que basan su demanda. El reo al excepcionarse se hace actor, expresa una actitud específica del demandado. Puede él adoptar distintas posiciones frente a las pretensiones del actor. Si conviene absolutamente en la demanda, el actor queda libre de tener de que probar. Si admite el hecho y discrepa en cuanto al derecho el Juez deberá aplicarlo. Si contradice todos los hechos o los desconoce correrá el actor con la carga total de la prueba. 'Pero si al reconocer el hecho alega a su vez un hecho extintivo del derecho reclamado, corresponderá al reo probar el hecho por él invocado.' Es en síntesis un hecho nuevo que pretende impugnar la situación anterior presentada por el demandante. Con respecto a este hecho nuevo él es un verdadero demandante y por aplicación de la citada regla debe correr con la carga de la prueba". En criterio del Tribunal, "CADAFE", al afirmar que "... el mayor tiempo en la entrega de los medidores y, por lo tanto, el alargamiento

del ciclo de producción, **no se origina únicamente** por el supuesto retardo de Cadafe en el pago de las valuaciones, como pretende ahora sostener Maplatex, **sino también** en que la contratista había sufrido, según lo alegó en su oportunidad, retardos en los suministros de materias primas de origen nacional y dificultades para la obtención de divisas necesarias para la adquisición de insumos importados”, hizo valer una excepción, vale decir, **esgrimió un medio de defensa que no contradice directamente la pretensión del actor, y ello porque alegó un hecho nuevo, que implícitamente reconoce el retardo culposo en el pago del precio de los medidores de energía eléctrica y la consecuencial verificación de unos daños, que alega sólo le son imputables parcialmente** (en propósito, consúltese la sentencia dictada por la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia en fecha 9 de julio de 1969, bajo ponencia del Magistrado José Román Duque Sánchez, publicada en la Gaceta Forense número 65, segunda etapa, páginas 219 y 220, posteriormente ratificada -entre otros- mediante fallo de la Sala de Casación Civil -Accidental- de la Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de noviembre de 1986, publicada en la Gaceta Forense número 134, Volumen III, Tercera Etapa, páginas 1919 y siguientes).

Por tanto, a juicio de este Tribunal Arbitral recaía sobre “CADAFE” la carga de la prueba, relativa a la demostración de la entidad del daño -a su entender, sólo una parte de los daños totales reclamados por “MAPLATEX”- que “CADAFE” reconoce implícitamente haberle ocasionado a “MAPLATEX” al incurrir en mora, ya que “*reus in excipiendo fit actor*”, y comoquiera que “CADAFE” nada probó, la presente decisión, con respecto a la afirmación no aclarada, debe dictarse en contra suya. Así se decide expresamente.

Vigoriza la anterior decisión la circunstancia de que “MAPLATEX” demostró que los motivos alegados en la solicitud de prórroga que formuló a “CADAFE” en su carta número GG-171-87, de fecha 3 de septiembre de 1987, fueron consecuencia de la mora en que incurrió “CADAFE” en hacer los pagos que correspondían a “MAPLATEX”. En la mora se localiza el origen de las dificultades confrontadas por “MAPLATEX” para la obtención de divisas y el suministro de materias primas de origen nacional. No es que estos últimos hechos, aisladamente, y con independencia de la mora, hubieren determinado el alargamiento del ciclo productivo de “MAPLATEX” (punto 1° del Capítulo II del escrito de pruebas del 3 de diciembre de 1992). Como se dice en la propia

carta de solicitud de prórroga, los medidores fueron entregados con retardo, pero éste estuvo determinado por el hecho de que "CADAFE" no pagó el anticipo correspondiente al Contrato número 86-0482-5029 sino en octubre de 1986, es decir, tres (3) meses después de la fecha de iniciación de las entregas. Estos hechos se constatan en el Informe Pericial (páginas 21 a 25, Capítulos VI y VII). La dilación en el pago del anticipo fue la que trajo consigo retardos en cuanto a la entrega de los materiales necesarios para la producción, tanto de origen nacional como de importación. Las fechas de llegada a planta de esos materiales fueron las indicadas en la correspondencia del 3 de setiembre de 1987 -que corre en autos-, por razones que "CADAFE" aceptó como verdaderas para conceder la prórroga; tales fechas de recepción de los materiales fueron la consecuencia y no el origen del retraso incurrido, que no fue otro que los pagos demorados de "CADAFE".

III.- "CADAFE" alega que la indemnización por costos financieros incurridos por "MAPLATEX" es **improcedente**, por haber **caducado** el término útil para hacerlo, limitando este argumento al contrato N° 86-0482-0429. Según la Cláusula Novena de ese contrato, el contratista declara "que para la fecha de suscripción de este documento no tiene nada pendiente que reclamarle a CADAFE por ningún concepto derivado de la presente contratación". En lo que se refiere a esta primera parte de la Cláusula Novena, el Tribunal Arbitral observa que el contrato mencionado (86-0482-5029) fue celebrado el 4 de agosto de 1986, y que, por tanto, los efectos de dicha cláusula se refieren a un tiempo anterior al 4 de agosto de 1986, lo que significa que nada tienen que ver los contratos mencionados en el Compromiso Arbitral, puesto que ninguno de los dos es anterior al 4 de agosto de 1986.

Por lo que atañe a la segunda parte de la Cláusula en comento, según la cual "Dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha del acta de recepción del suministro el contratista deberá formular por escrito a CADAFE, so pena de caducidad, las reclamaciones que tuviere con ocasión de la ejecución del trabajo objeto del presente contrato, las cuales deberán ser tramitadas por la unidad administrativa de CADAFE dentro de los noventa (90) días continuos al vencimiento del citado término, salvo que por su complejidad requiera la extensión de este plazo hasta por un período adicional de noventa (90) días, en cuyo caso CADAFE notificará previamente y por escrito al contratista", el

Tribunal Arbitral observa que la precitada estipulación fue establecida con la mente puesta en los bienes suministrados por el contratista a "CADAFE", y que fueran relativas a "la ejecución del trabajo", lo que da a entender, de manera transparente, que el lapso de caducidad no pudo ser atañedor a reclamaciones por un concepto -aunque vinculado- extraño a los bienes suministrados por la contratista y a la ejecución del trabajo, como son los daños y perjuicios causados por los mayores costos financieros incurridos por la contratista, consecuenciales a la demora de "CADAFE" en el cumplimiento de sus obligaciones. El lapso de caducidad no abarca, en concepto del Tribunal, las reclamaciones por costos financieros causados por la mora de "CADAFE", y así se declara, y ello lo evidencia la "naturaleza" misma de la reclamación, vale decir, que "MAPLATEX" está exigiendo se le resarzan los daños -derivados de la mora- que "CADAFE" le ha irrogado con posterioridad a la firma del "Acta Provisional de Recepción del Suministro" y al vencimiento del plazo de caducidad en referencia, y que continúan causándose hoy en día. ¿Resulta admisible que "CADAFE" pretenda someter al lapso de caducidad contractual las reclamaciones derivadas -*exempli gratia*- de los mayores perjuicios sufridos por "MAPLATEX" en el año 1992, que son reclamaciones que -desde el punto de vista temporal- no pudieron ser formuladas jamás ni nunca con anterioridad al vencimiento del lapso, toda vez que se produjeron *a posteriori*? En criterio del Tribunal, la respuesta a esa interrogante ha de ser negativa. A lo anterior cabe agregar que no es previsible que en un contrato en el cual se contempla un "Acta de Recepción Provisional del Suministro", uno de los rubros cubiertos por el término de caducidad previsto para la formulación de reclamaciones sea la mora de la contraparte. Ninguna cláusula contractual, salvo que de su letra derive diáfananamente que la mora en el pago de las obligaciones dinerarias debe ser reclamada dentro de un determinado plazo de caducidad, puede entenderse referida a la hipótesis del incumplimiento de sus obligaciones por una de las partes, porque se estaría partiendo del ilegal supuesto de que las obligaciones no se cumplirán expresamente como han sido contraídas (artículo 1.264 del Código Civil). Así vistas las cosas, resulta fútil analizar el contenido de la carta del 2 de agosto de 1989, dirigida por "MAPLATEX" a "CADAFE", así como su idoneidad para demostrar que la reclamación por mayores costos financieros fue planteada en tiempo útil, es decir, antes de agotarse el lapso de caducidad, y así se establece.

De todo lo anteriormente expuesto resulta, en concepto del Tribunal Arbitral, que la posibilidad, por parte de "MAPLATEX", de formularle reclamaciones a

“CADAFE”, en concepto de daños y perjuicios, por los mayores costos financieros incurridos, por causa de la mora de “CADAFE”, no ha caducado, pues tal reclamación no se halla comprendida dentro del lapso de caducidad que fue previsto en la Cláusula Novena del contrato N° 86-0482-5029, y así se establece.

IV.- Contra esta primera reclamación formulada por “MAPLATEX” a “CADAFE” -por costos financieros-, esta última sustenta que la reclamación no puede fundarse en la figura del **abuso de derecho**, “pues el contrato es ley entre las partes y exigir su ejecución en las condiciones estipuladas no implica el ejercicio abusivo de un derecho”. El Tribunal Arbitral observa que “CADAFE” formula ese razonamiento a pesar de que “MAPLATEX”, ni en el Compromiso Arbitral, ni en su escrito de alegatos, ni en ninguna otra acta de la presente causa, ha fundado su reclamación en la figura del **abuso de derecho**, contemplada en el único aparte del artículo 1.185 del Código Civil (“Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto con vista del cual ha sido conferido ese derecho”). Ni “MAPLATEX” lo sustenta, ni el Tribunal Arbitral considera que la reclamación de “MAPLATEX” podría cimentarse en la figura del **abuso de derecho**, por la sencilla razón de que **no existe derecho a incurrir en mora**. Quien no cumple con su obligación en la oportunidad contractualmente pactada, **no abusa de ningún derecho, sino que incumple su obligación**. Así se establece.

V.- También aduce “CADAFE”, para contrarrestar la reclamación de “MAPLATEX”, que aquélla no puede fundamentarse en el **enriquecimiento sin causa**, fuente extracontractual de obligaciones prevista en la disposición del artículo 1.184 del Código Civil. En el sentir de este Tribunal Arbitral, “MAPLATEX” no invoca al **enriquecimiento sin causa** como fuente de la obligación que en su concepto asiste a “CADAFE” de resarcirle los mayores costos financieros incurridos por la mora de “CADAFE”. “MAPLATEX” se limita, simplemente, dentro de una argumentación genérica relacionada con los efectos del incumplimiento de una de las partes sobre la ecuación económico-financiera del contrato, a decir que si su contraparte no estuviese obligada a resarcirle los aludidos daños, ella sufriría un empobrecimiento y,

correlativamente, "CADAFE" experimentaría un enriquecimiento, pero sin haber alegado expresamente "MAPLATEX" que la pretendida obligación de "CADAFE" tenga por fundamento al **enriquecimiento sin causa**. El Tribunal Arbitral entiende -al igual que "MAPLATEX"- que en el presente caso ha mediado una contratación y que, al ser esto así, los eventuales daños y perjuicios susceptibles de reparación, deben derivarse del contrato, porque cuando los particulares se hallan atados por vínculos contractuales, es improcedente la invocación de fuentes extrancontractuales de obligaciones. Así se establece.

VI.- "CADAFE" ha aludido, tanto en el Compromiso Arbitral como en su escrito de alegatos, a la "teoría de la imprevisión", y a este efecto ha manifestado que dicha teoría, "constituye el fundamento jurídico de la alegación" de "MAPLATEX" de que le sean resarcidos los mayores costos incurridos por consecuencia del incumplimiento de "CADAFE". El Tribunal Arbitral considera que "MAPLATEX" no ha invocado la "teoría de imprevisión", que por lo demás no se halla consagrada en nuestro ordenamiento jurídico. "MAPLATEX" no ha sostenido que las circunstancias imperantes en el momento de contratar experimentaron una alteración o cambio en el decurso de la ejecución o cumplimiento del contrato; lo que sí ha sustentado es que el incumplimiento de "CADAFE" le ha causado daños y perjuicios, consistentes en los mayores costos financieros incurridos por consecuencia del incumplimiento de su contraparte. **No se trata de un contrato cuyo marco ha variado, sino de un contrato cuyas obligaciones han sido incumplidas.** Así se establece.

VII.- Alega "CADAFE" que su única obligación frente a "MAPLATEX" consistía en pagarle el precio estipulado en los contratos, el cual comprendía, de acuerdo a la Cláusula Quinta, el diseño, fabricación, pruebas de rutina en fábrica y cualesquiera otras operaciones o previsiones requeridas para la conversión de la materia prima o para la elaboración de los equipos, materiales o productos objeto del contrato, así como los embalajes y cualquier otro gasto que de una u otra manera influyera en el costo, ejecución y conservación de los equipos, materiales o productos, hasta su entrega a "CADAFE"; que "MAPLATEX" aceptó la imposibilidad de variar los precios unitarios o globales utilizados por ella, y que formaban el costo del suministro durante el lapso de ejecución del

mismo, estando a su cargo las consecuencias originadas en sus faltas, descuidos, errores u omisiones incurridos en el cálculo de sus costos unitarios o globales; que las variaciones solamente serían admisibles por variaciones en las cantidades de productos suministradas, cuando las mismas fueran autorizadas por "CADAFE"; por aumentos salariales sobre la nómina del personal utilizado concretamente en la fabricación de los equipos objeto del contrato, consecuencias a las reformas de leyes, reglamentos o decretos dictados con posterioridad a la fecha de la presentación de la oferta por parte de "MAPLATEX"; y, por aumento o disminución, cuando el precio de los materiales, equipos, suministros y otros insumos importados experimentarían variación como consecuencia directa de medidas cambiarias, arancelarias o de regulación adoptadas por el Ejecutivo Nacional con posterioridad a la fecha de presentación de la oferta por parte de "MAPLATEX".

Según "CADAFE", los demás componentes del costo eran fijos e inmodificables, sin que su alteración ejerciera ninguna influencia final en el precio de los artículos producidos, hallándose a cargo de la contratista todos los riesgos resultantes de la alteración o incremento de dichos componentes.

Entiende "CADAFE" que constituye un despropósito la pretensión de "MAPLATEX" de incrementar el precio final de los artículos producidos por variaciones habidas en los costos financieros, después de haber aceptado "MAPLATEX" que en el contrato no podían haber variaciones de precio durante el lapso de ejecución, consecuencias a su falta o por errores u omisiones incurridos por ella en el cálculo de sus costos.

El Tribunal Arbitral observa: La argumentación de "CADAFE", tendente a contrarrestar la reclamación de "MAPLATEX" por mayores costos financieros, incurridos por consecuencia de la mora de "CADAFE", no es **pertinente** a lo pretendido por "MAPLATEX"; dicho de otra manera: el reseñado alegato de "CADAFE" no viene a propósito, porque "MAPLATEX" no pretende una modificación o alteración de los precios; "MAPLATEX" lo que solicita es una indemnización de los daños y perjuicios causados por los mayores costos financieros incurridos por causa de la mora de "CADAFE" en el pago de las valuaciones y en la realización de los ajustes de precios, y así se declara.

"MAPLATEX" y "CADAFE" ya ejecutaron el contrato celebrado: "MAPLATEX" dio cumplimiento a las prestaciones a su cargo, y también "CADAFE", sólo que

esta última empresa incurrió en mora al efectuar los ajustes y pagos que le incumbían con sujeción a los contratos celebrados, y es en el hecho de la mora, precisamente, donde “MAPLATEX” hace descansar su reclamación. Después de haberse cumplido o ejecutado los contratos, ya no cabe hablar de aumentos de precios, porque el precio previsto en los contratos fue pagado. Lo debatido, de acuerdo a la reclamación de “MAPLATEX”, es el resarcimiento de daños y perjuicios que dicha empresa pretende le fueron irrogados por la mora de “CADAFE” en el pago del precio convenido (valuaciones y ajustes), concretados en los mayores costos financieros incurridos a consecuencia de la mora de “CADAFE”. Así se establece.

No estamos, en concepto del Tribunal Arbitral, frente a una alteración de los precios fijos convenidos entre “MAPLATEX” y “CADAFE”, ni de una revisión de los mismos, sino frente a una reclamación por daños y perjuicios. Tampoco nos hallamos frente a correctivos de la estructura de costos, para otorgar reconocimientos de mayores precios al vendedor, al margen de lo expresamente estipulado en los contratos. Se puede hablar de revisión de costos antes de pagar el precio, pero no luego de haberlo saldado. Se puede hablar de correctivos a la estructura de costos durante la fase de ejecución o cumplimiento del contrato, pero no con posterioridad a ella. La reclamación de “MAPLATEX”, por costos financieros, es una reclamación -si es que cabe la expresión- **póstuma** a la ejecución del contrato, que la sigue en el tiempo, y que, por tanto, no es coetánea a ella. Así se declara.

VIII.- También alega “CADAFE”, para invalidar la reclamación de “MAPLATEX”, “... que el mayor tiempo en la entrega de los medidores y, por lo tanto, el alargamiento del ciclo de producción no se origina únicamente por el supuesto retardo de CADAFE en el pago de las valuaciones... sino también en que la contratista había sufrido, según lo alegó en su oportunidad, retardos en los suministros en materia prima de origen nacional y dificultades para la obtención de divisas necesarias para la adquisición de productos importados que la llevaron para la obtención de divisas”, y que “no se concibe entonces que mediando incumplimiento de una de las partes, la otra pudiendo exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, y los daños y perjuicios en ambos casos, si hubiere lugar a ellos, o teniendo el derecho a oponer la **exceptio non adimpleti contractus** para suspender la ejecución de su prestación, mientras

la otra no cumpla con la suya, en su lugar opte por pedirle a la otra parte la concesión de una prórroga para la ejecución del contrato. Tal conducta es prueba irrecusable del reconocimiento de estar incurso en retardo en el cumplimiento de sus obligaciones o al menos demostrativo de su voluntad de perdonar la falta cometida por la otra parte. La concesión de la prórroga... conlleva para quien la concede el perdón definitivo de la falta cometida por la otra o la renuncia a reclamarle el resarcimiento de daños y perjuicios causados por el retardo en el cumplimiento de sus obligaciones”.

El Tribunal observa: Se evidencia de autos que “MAPLATEX”, por diversas razones que arguyó ante “CADAFE”, y que ésta estimó válidas y atendibles, solicitó prórrogas de los plazos contractualmente establecidos para dar cumplimiento a sus obligaciones. “CADAFE” pudo conceder esas prórrogas o negarse a otorgarlas, pero lo cierto es que resolvió concederlas, con el efecto de que los contratos celebrados, en cuanto a los plazos, en la medida de las prórrogas, quedaron modificados por la voluntad de ambos contratantes; de la misma manera que las voluntades conjuntas de ambos contratantes concurren a la celebración de los contratos, tuvieron lugar las prórrogas otorgadas por “CADAFE” a “MAPLATEX”. Es muy posible que “CADAFE”, frente a la manifestada imposibilidad por parte de “MAPLATEX” de cumplir sus obligaciones en los plazos previstos, hubiera podido demandar la resolución de los contratos celebrados, o negarse a efectuar los pagos a los cuales se hallaba obligada, reclamando los daños y perjuicios en uno u otro caso, en la hipótesis de producirse los mismos. Mas, “CADAFE” no procedió de ese modo, sino que concedió la prórroga que le fue solicitada, por las diversas razones que pudieron obrar en su ánimo, que el Tribunal Arbitral no entra a examinar, porque la concesión de las prórrogas era potestativa de “CADAFE” y constituyen un hecho consumado. La concesión de las prórrogas equivale, en el fondo, a la celebración de un nuevo contrato desde el comienzo, retroactivamente, con mayores plazos. Así se declara. Al conceder dichas prórrogas, “CADAFE”, tácita o virtualmente, renunció a su derecho a pedir la resolución o el cumplimiento de los contratos por parte de “MAPLATEX”, con la advertencia de que “MAPLATEX”, si “CADAFE” hubiera optado por una de esas dos posibilidades, a lo mejor pudiera haber alegado -si es que mediaban- hechos configuradores del caso fortuito o de la fuerza mayor, que el incumplimiento obedecía a una causa extraña que no le era imputable, caso en el cual habría

podido liberarse de la reclamación de daños y perjuicios que “CADAFE” pudo eventualmente formularle.

A consecuencia de lo anterior, la concesión de prórrogas a “MAPLATEX”, por parte de “CADAFE”, en modo alguno invalida la reclamación de “MAPLATEX” por mayores costos financieros, y así se declara.

El Tribunal Arbitral considera que el hecho de que “CADAFE” le haya otorgado prórrogas a “MAPLATEX”, para que esta última pudiera dar cumplimiento a sus obligaciones, no comporta el perdón de la falta incurrida por “CADAFE” al incurrir en mora en el pago de sus obligaciones dinerarias. Claro está que “CADAFE”, al conceder las prórrogas, pudo imponerle como condición a “MAPLATEX” que ésta renunciara a cualquier acción que tuviera contra “CADAFE”, de resultas de la mora de esta última en el cumplimiento de aquellas obligaciones dinerarias, pero lo cierto es que no lo hizo y, por tanto, “CADAFE” no quedó relevada, en forma alguna, de su obligación de resarcir los daños y perjuicios experimentados por “MAPLATEX” por consecuencia de los mayores costos financieros incurridos a consecuencia de la mora de “CADAFE”, y así se declara. La renuncia del derecho de “MAPLATEX” a reclamar los mayores costos financieros que hoy demanda **no pudo ser implícita**, sino expresa e inequívoca, pues no es presumible la renuncia de ningún derecho.

El Tribunal Arbitral repite que la concesión de una prórroga prácticamente se retrotrae al inicio de la relación contractual, y es como si las partes hubieran pactado un mayor plazo desde el comienzo de esa relación, de lo cual se evidencia que **la concesión de una prórroga no comporta el perdón de cualquier falta contractual incurrida por la parte concedente de la prórroga**, salvo pacto en contrario, claro está, el cual no ha mediado en el caso de la especie. Si “CADAFE” consideró procedentes las solicitudes de prórroga solicitadas por “MAPLATEX”, ésta no incurrió en falta, como para pretender luego que esa hipotética y pretendida falta se compensa, **ipso iure**, con la incurrida por “CADAFE” al incurrir en mora en el pago de sus obligaciones dinerarias, y así se establece.

IX.- “CADAFE” también aduce, en su defensa, para contrariar la reclamación de “MAPLATEX” por mayores costos financieros, que, a todo evento, no está

obligada al pago de la totalidad del daño sufrido por "MAPLATEX", como consecuencia de su retardo en los pagos, sino sólo al reconocimiento de los intereses sobre los saldos adeudados establecidos en el artículo 71 del Decreto número 1.802, de fecha 20 de enero de 1983, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 3.111, del 18 de marzo de 1983, con arreglo al cual "... En un plazo de noventa (90) días, o en el plazo que se hubiere establecido en el Documento Principal, siempre que éste fuere mayor, contados uno u otro a partir de la fecha de presentación de las valuaciones debidamente conformadas por el Ingeniero Inspector a la correspondiente oficina receptora del ente público, deberá efectuarse el pago de las valuaciones al Contratista. Cuando el pago no se hiciere en el plazo anteriormente fijado, y sólo a partir de su respectivo vencimiento, el ente público pagará al Contratista, por el tiempo que dure el retraso en el pago, intereses a la tasa promedio de los bonos de la deuda pública interna colocados durante los seis (6) meses anteriores a la fecha de pago de los intereses correspondientes. Para que proceda el pago de los intereses aquí estipulados se requerirá, además, que el monto de la valuación que los origina esté debidamente previsto en el Presupuesto del ente público, vigente para el momento de presentación de aquélla. A tales efectos, el ente público conjuntamente con el Contratista, elaborarán un Cronograma de Pago en el cual se indicarán el o los ejercicios presupuestarios en que se pagará la obra, con señalamiento expreso de la cantidad asignada a ese fin en cada uno de esos ejercicios. El referido Cronograma de Pago debidamente firmado por los contratantes, formará parte del contrato. Si al verificarse la revisión de las valuaciones en la forma establecida en el artículo 66, se encontrare que éstas presentan irregularidades o errores, el plazo antes señalado para comenzar a computarse los intereses, no comenzará a correr hasta que no hayan sido presentadas nuevamente las valuaciones debidamente corregidas".

La naturaleza jurídica de las reglas insertas en el citado Decreto número 1.802, del 20 de enero de 1983, fue analizada, con todo rigor y propiedad, por el Tribunal Arbitral que decidió con fecha 20 de diciembre de 1989 una controversia que mediaba entre la COMPAÑIA ANONIMA DE ADMINISTRACION Y FOMENTO ELECTRICO (CADAFE) y el CONSORCIO IMPREGILO-SURAMERICANA DE OBRAS PUBLICAS C.A., en los términos que se copian de seguida: "Desde el punto de vista jurídico sólo hay dos posibilidades de calificación de los referidos Decretos: la de atribuirles la naturaleza jurídica de actos normativos,

y la de considerarlos como simples instructivos presidenciales pertenecientes a la categoría de las instrucciones de servicio. **La primera de tales posibilidades parece descartable sin duda alguna.** No se trata de reglamentos ejecutivos, puesto que no han tenido por objeto establecer las normas necesarias para la ejecución de ninguna Ley preexistente que les sirva de base; asimismo parece haberlo dado a entender el Ejecutivo, cuando en el encabezamiento de cada Decreto citó, como norma fundamentadora de los mismos, el ordinal 12 del artículo 190 de la Constitución, que se refiere a la genérica atribución del Presidente de la República de administrar la Hacienda Pública Nacional, en vez de citar el ordinal 10 del mismo artículo, relativo a la potestad, del propio Presidente, de reglamentar las leyes. Tampoco se trata de Decretos-leyes dirigidos a establecer disposiciones de carácter general basadas en una delegación que el Poder Legislativo hubiera hecho al Ejecutivo para dictarlas, por cuanto tal especie de delegación sólo es posible, en el ordenamiento jurídico venezolano, en el caso previsto en el ordinal 8° del artículo 190 de la Constitución, de cuya aplicación no se ha tratado tampoco, evidentemente, y que es el relativo a aquellas medidas extraordinarias en materia económica o financiera que fueren requeridas por razones de interés público y que el Presidente de la República fuere autorizado para dictar mediante ley especial. Debe descartarse, finalmente, que se trate de un reglamento de los que la doctrina denomina autónomos o independientes, destinados a reglamentar materias acerca de las cuales no existan previsiones legales, porque este tipo de reglamento no es apto para regular las materias comprendidas en la reserva legal, como es el caso de las materias civil y mercantil, sobre las cuales, conforme a la previsión del numeral 24 del artículo 136 de la Constitución, sólo el Congreso Nacional puede legislar, según el artículo 139 de la propia Constitución; resulta evidente que estaría viciado de nulidad un reglamento ejecutivo que pretendiera llenar los vacíos de la legislación civil o mercantil en materia de contratos de obra, como habría que concluir que habría tratado de hacerse mediante los referidos Decretos, si es que se quisiera imponerles la calificación de instrumentos reglamentarios; ahora bien, es sabido que cuando entre dos modos de interpretar un cierto acto jurídico uno de ellos conduce a que el mismo deba tenerse como nulo, lo correcto es desechar éste y arrojear el otro, el que implique la estabilidad jurídica del acto desde el punto de vista de los fines que el mismo persigue ("**principio de la conservación del acto**"). Con arreglo a esta idea, y dada la imposibilidad de atribuir a los referidos Decretos las calificaciones descartadas, no cabe otra posibilidad que la de

atribuirles la calificación de instrumentos contentivos de uno de esos instructivos presidenciales, tan en boga en nuestro medio desde hace algunos años. Al tratar sobre la naturaleza jurídica de tales instructivos, a juicio de este Tribunal Arbitral, debe negarse a éstos, como se hace según la opinión mayoritaria, la categoría de instrumentos contentivos de reglas de derecho, aunque en la forma, tal como en el caso de las 'Condiciones de Contratación para la Ejecución de Obras', tengan la apariencia de normas jurídicas reguladoras de los contratos de obra que celebren los entes estatales a los cuales los nombrados Decretos se refieren; lo cierto es que, como lo ha indicado una autorizada opinión, si bien es verdad que toda autoridad investida de poder puede disciplinar éste con ciertas reglas, ello no quiere decir que haciéndolo cree siempre normas de derecho objetivo: dichas reglas pueden contener prescripciones de la autoridad dirigidas a sí misma y a los órganos dependientes de ella, pero no normas obligatorias para todos. Por esto, las instrucciones de servicio obligan sólo a los órganos públicos a quienes están destinadas y sólo pueden desplegar una eficacia limitada al ámbito interno de la Administración. Si se aplican las anteriores observaciones a los Decretos de referencia, se llega a la conclusión de que las 'Condiciones Generales de Contratación' que los mismos contienen, **no pueden en derecho recibir el calificativo de normas jurídicas equiparadas en su alcance y eficacia a normas legales** que pudieran ser dictadas para regular la materia de la contratación de obras que hayan de ser ejecutadas para los entes estatales que los propios Decretos mencionan. Los previsiones de estos últimos deben entenderse -a lo sumo aun así con ciertas exclusiones, sobre las cuales no cabe detenerse aquí- como de obligatoria observancia sólo para los funcionarios titulares de cargos u órganos a quienes compete la contratación de la ejecución de obras en representación de los respectivos entes estatales. A ellos les corresponde poner la diligencia de incluir, bajo la forma de estipulaciones de los respectivos contratos, las mencionadas previsiones, o bien hacer que, caso por caso, se incluya en cada uno de dichos contratos una estipulación expresiva de un reenvío genérico, por efecto de la cual las mismas vengán a incorporarse al contenido de tales negocios y adquieran así rango adecuado para regular las relaciones jurídicas que en cada situación esos contratos hagan surgir entre el ente contratante y el particular que se obligue para con él a la ejecución de una cierta obra. El desconocimiento del contenido de las instrucciones presidenciales no podría, en cambio, determinar que el contrato fuese considerado como viciado, porque

ello equivaldría a atribuir a meras instrucciones de servicio una categoría de normas legales que no tienen. Mucho menos podría considerarse, en ausencia de remisión expresa, que tales instrucciones formen parte del contenido del contrato que las ha ignorado". En idéntico sentido, cabe citar la opinión sostenida por Lupini y Ruan, quienes, luego de analizar la naturaleza jurídica de las "Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras", concluyen que las antedichas condiciones "frente a la Administración predisponente, antes de la celebración del contrato... tienen el carácter de **reglas internas o instrucciones de servicio, no vinculantes para los administrados**, pero sí para los agentes encargados de preparar y concluir el contrato", y que las mismas -por tanto- "**... sólo pueden desplegar su eficacia entre las partes en la medida en que hayan sido incorporadas al contrato específico** en virtud del consentimiento de los contratantes" (LUPINI BIANCHI, Luciano y RUAN SANTOS, Gabriel; "Consideraciones sobre las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras de la Administración Pública"; Revista de Derecho Público, número 12; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1982; páginas 20 y 21). Finalmente, el Tribunal estima conveniente citar a Chapus (CHAPUS, René; "Droit Administratif Général", Tomo I; 5ª edición; Montchrestien; París; 1990, página 813), para quien "las condiciones generales de contratación resultan aplicables y rigen las relaciones de las partes contratantes, sólo si el contrato **expresamente se refiere a ellas** y no son derogadas (por ejemplo, CE 14 de diciembre de 1988, Asistance Publique à Marseille, Revue de Droit Publique 1989, página 1.801)", pues en ese caso "sus cláusulas, por tanto, tienen **carácter contractual** y se agregan a aquellas convenidas por las partes", así como la postura de Laubadère, Venezia y Gaudement (LAUBADERE, André; VENEZIA, Jean-Claude y GAUDEMONT Yves; "Traité de Droit Administratif", Tomo I; 12ª edición; L.G.D.J.; París; 1992; páginas 679 y 680), según los cuales las condiciones generales de contratación tienen una **naturaleza contractual**, toda vez que sus prescripciones "... antes de la conclusión del contrato tienen un valor reglamentario para la propia Administración, y se transforman en estipulaciones contractuales entre la Administración y la otra parte contratante una vez que hayan sido **aceptadas** por esta última".

Por otra parte, el Tribunal Arbitral considera que las normas del Decreto citado sólo se aplican a los **contratos de obra pública**, y que los celebrados entre

“MAPLATEX” y “CADATA” no tienen ese carácter, como resulta evidente del contenido de los mismos, y así se establece. Además, el Tribunal comparte, sin reservas, los razonamientos contenidos en el extracto del Laudo que se copió, del 20 de diciembre de 1989, conocido por “CADATA”, puesto que ella fue parte en el arbitramento que fue resuelto en virtud del citado Laudo. Esto significa que este Tribunal Arbitral considera inválido el alegato de “CADATA”, fundado en el artículo 71 del Decreto 1.802 del 20 de enero de 1983, para dejar **sin efecto** la reclamación por mayores costos financieros formulada por “MAPLATEX”, y así se declara. Las condiciones generales contenidas en el Decreto en comento, no son normas jurídicas equivalentes, en su alcance y eficacia, a normas legales. Pueden ser de forzoso acatamiento para los órganos o para los funcionarios a quienes incumbe la contratación de la ejecución de obras en representación de los respectivos entes estatales, pero su fuerza no se extiende a los terceros que contraten con dichos entes, a menos que estos últimos incluyan tales normas en los contratos que celebren, o hagan una referencia genérica a ellas como formando parte de sus estipulaciones, lo cual no tuvo lugar en el contrato N° 90-0203-5029. Comoquiera que la norma del Decreto 1.802 invocada por “CADATA” no fue incorporada al citado contrato celebrado entre “MAPLATEX” y “CADATA” -ni singularmente, ni en forma genérica-, ella no puede surtir ningún efecto -de acuerdo a lo expuesto- frente a las reclamaciones derivadas del susodicho convenio, y así se establece.

Por lo que concierne al Contrato N° 86-0482-5029, en el cual las partes hicieron expreso reenvío al artículo 71 de las “Condiciones Generales para la Ejecución de Obras” dicho artículo -al igual que la disposición del artículo 1.277 del Código Civil- se refiere al daño **mínimo**, resarcible sin necesidad de prueba, pero no excluye el pago de los mayores daños que la mora del ente estatal pueda causarle a su acreedor, y así se declara. Para que el artículo 71 citado fuese excluyente de los mayores daños causados, debería existir una norma expresa que así lo dispusiese, toda vez que la renuncia de los derechos no puede ser implícita, ni presumible mediante simples mecanismos interpretativos, y así se establece.

X.- Alega “CADATA” que la eventual mora que le imputa “MAPLATEX”, a todo evento, sólo pudo existir a partir de la fecha en que “conforme a las previsiones

contractuales, se hicieron exigibles las correspondientes valuaciones emitidas al efecto por MAPLATEX”.

El Tribunal observa: En el contrato N° 86-0482-5029, cuando se hace referencia a la forma del pago del precio, se prevé un anticipo del diez por ciento (10%) del valor total del suministro, y el pago del saldo, del noventa por ciento (90%) del valor contratado, “mediante valuaciones acompañadas de las facturas originales y los documentos de entrega, **pagaderas** dentro de los sesenta (60) días siguientes a su presentación, previamente conformadas por el ingeniero inspector que designe CADAPE, descontado de cada valuación un cinco por ciento (5%) como fondo de garantía el cual será reintegrado a ‘El Contratista’ dentro de los sesenta (60) días siguientes a la recepción provisional por el total del suministro por parte de CADAPE, previa presentación de la fianza de Buena Calidad”. Al Tribunal Arbitral no le suscita dudas la oportunidad del pago de las Valuaciones, las cuales **debían ser pagadas dentro del plazo de sesenta (60) días, contados a partir de la fecha de su presentación** y, en consecuencia, la mora sólo podía producirse una vez vencido dicho lapso. La previa conformidad del ingeniero inspector designado por “CADAPE” es un **trámite interno** de esta última empresa, que **no** podría traducirse en una posposición de la oportunidad de pago de las valuaciones, y así se declara. En lo que se refiere al contrato N° 90-0203-5029, la forma de pago del precio consiste en la satisfacción de un anticipo del veinte por ciento (20%), y en el pago del saldo del “ochenta por ciento (80%) del valor contratado, mediante valuaciones por material entregado, acompañadas de las facturas originales y de los documentos de entrega conformadas por la persona que designe CADAPE, pagaderas dentro de los sesenta (60) días siguientes a su presentación”. También resulta diáfano, en este último contrato que las valuaciones debían ser pagadas dentro del lapso de sesenta (60) días, desde la presentación de las valuaciones por “MAPLATEX”.

A partir del vencimiento del plazo dentro del cual, de acuerdo a cada uno de los mencionados contratos, debían ser pagadas las valuaciones, “CADAPE” ha incurrido en mora si no procedió a pagarlas, y desde ese mismo momento es pasible de los mayores costos que la mora origina a “MAPLATEX”, y así se establece. A la oportunidad fijada para el pago sigue inmediatamente la mora, y no existe solución de continuidad entre ambos conceptos, toda vez que no es

concebible ninguna situación intermedia entre el cumplimiento y el incumplimiento; si aquél no se produce, el concepto de mora viene a sucederle. Así se declara.

El Tribunal no considera válido ni atendible el alegato de “CADAFE” de que “MAPLATEX” facturaba las diferencias de precios antes de que fueran aprobadas, y que la aprobación por parte de “CADAFE” se traducía en una modificación del contrato que únicamente debía surtir efectos a partir de la fecha de la antedicha aprobación. Lejos de constituir una modificación del contrato, los ajustes de precios se hicieron -en criterio del Tribunal- en cumplimiento de lo previsto en aquél. Las constancias o aprobaciones por parte de “CADAFE” constituyeron -como se dijo y se reitera- un **trámite interno** que no determinó el surgimiento de la obligación de pagar los ajustes de precio, pues éstos debían ser saldados, y “MAPLATEX” tenía derecho a recibirlos, desde el momento en que se cumplieran los requisitos o extremos previstos en el contrato para la causación de los mismos. El Anexo “A” del contrato número 86-0482-5029, suscrito el 23 de setiembre de 1988, no constituyó una modificación contractual, ni cambió la voluntad expresada por las partes sobre el precio o los incrementos del precio. Es obvio que las obligaciones contractuales en relación a los ajustes de precios no pueden derivar de un acto de voluntad aprobatorio de “CADAFE”, pues de lo contrario el surgimiento de dichas obligaciones quedaría librado a su sola voluntad y a que ella los tramitara y aprobara a su solo arbitrio. Así se establece.

XI.- Este Tribunal Arbitral considera que, según las actas procesales, son hechos **admitidos** por “CADAFE”, y que, por tanto, no forma parte del **thema probandum**, que “CADAFE” incurrió en mora en los pagos (de valuaciones y ajustes) a “MAPLATEX” en el cumplimiento de los contratos celebrados, y que los incumplimientos de “CADAFE” se tradujeron en mayores costos financieros que tuvieron que ser sufragados por “MAPLATEX”. Así se desprende de la letra del Compromiso Arbitral y de todas las argumentaciones aducidas por “CADAFE” en su escrito de alegatos. Ambos hechos, pues, la mora de “CADAFE”, y los mayores costos financieros incurridos por “MAPLATEX”, son hechos **admitidos** por “CADAFE”, y así se declara.

En lo que se refiere al monto de dichos mayores costos financieros, los mismos fueron reservados por “MAPLATEX”, de manera consolidada, en el cuadro

número 1, acompañado al Compromiso Arbitral (páginas 1/2 y 2/2), y tales costos ascienden, según "MAPLATEX", para el 31 de agosto de 1992, a Cuatrocientos Cuarenta y Ocho Millones Ciento Ochenta y Tres Mil Ochocientos Cinco Bolívars (Bs. 448.183.805,00), con la advertencia de que "MAPLATEX" también reclama los costos financieros que se sigan causando hasta el definitivo pago de los conceptos exigidos. Los datos aportados por "MAPLATEX" no han sido desconocidos, ni en forma alguna combatidos por "CADAFE". Adicionalmente, los árbitros han verificado la existencia y cuantía de los costos financieros reclamados, con resultados totalmente coincidentes con las conclusiones de la experticia (página 14, ordinal 2º, del Informe pericial) promovida por "MAPLATEX" el 9 de noviembre de 1992, y llevada a cabo el 15 de diciembre de 1992 por el experto ciudadano Augusto César Morales P., Contador Público, titular de la Cédula de Identidad N° 924.798 e inscrito en el Colegio de Contadores Públicos bajo el N° 69, miembro de la firma "Pérez Mena, Everts, Morales y Asociados", auditores externos de "CADAFE". La designación del experto fue conjuntamente hecha por "MAPLATEX" y "CADAFE" el 11 de noviembre de 1992.

El Informe del experto fue preparado con base a los Libros Principales y Auxiliares de "MAPLATEX" y sobre los comprobantes y elementos de su contabilidad. Conforme a la disposición del artículo 38 del Código de Comercio "los Libros (de comercio) llevados con arreglo a los artículos anteriores podrán hacer prueba **entre comerciantes** por hechos de comercio...". Tanto "MAPLATEX" como "CADAFE" son compañías anónimas sin que tal afirmación resulte atenuada por el hecho de que "CADAFE" forme parte del sector público, toda vez que de conformidad con el artículo 260 *eiusdem*, "... las sociedades anónimas... tendrán siempre carácter mercantil, **cualquiera que sea su objeto**, salvo cuando se dediquen exclusivamente a la explotación agrícola o pecuaria". Más aún, el objeto social de "CADAFE" es **objetivamente mercantil**, pues a tenor de lo dispuesto por el artículo 2º (ordinal 7º) del Código de Comercio, "son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos:... 7º Las empresas para el aprovechamiento industrial de las fuerzas de la naturaleza, tales como las de producción y utilización de fuerza eléctrica". En razón de lo anterior, a la experticia practicada sobre los Libros de Comercio de "MAPLATEX", y sobre sus comprobantes y elementos de su contabilidad, debe concedérsele **pleno valor**

probatorio, como en efecto se lo reconoce el Tribunal Arbitral. Vale la pena destacar las circunstancias -que vigorizan la **eficacia procesal plena** reconocida a la experticia-, que "CADAFE" nada objetó a los términos de promoción de la experticia, ni formuló observación alguna al experto nombrado -para que fuese tomada en cuenta en el Informe Pericial-, ni adujo reparos de ningún género al método utilizado por el experto, ni a sus conclusiones, lo cual bien pudo hacer, para que cualquier alegato de esa especie fuese examinado por el Tribunal, con fundamento en el derecho a la defensa, consagrado en el artículo 68 constitucional. La eficacia atribuida a la experticia viene a ser fortalecida por el artículo 8 de la Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública.

En virtud y por mérito de todo lo anteriormente expuesto sobre la reclamación formulada por "MAPLATEX" a "CADAFE", por costos financieros, el Tribunal Arbitral condena a "CADAFE" a pagarle a "MAPLATEX" las siguientes cantidades:

- 1.- La cantidad de Cuatrocientos Setenta y Ocho Millones Trescientos Noventa y Siete Mil Doscientos Cincuenta Bolívares (Bs. 478.397.250,00), a la cual ascienden -según el dictamen pericial- los costos financieros incurridos por "MAPLATEX" al 31 de octubre de 1992;
- 2.- La suma de Setenta Millones Novecientos Ochenta y Cuatro Mil Novecientos Cincuenta y Dos Bolívares (Bs. 70.984.952,00), por concepto de los costos financieros que se han causado desde el 1° de noviembre de 1992 hasta la publicación del presente Laudo. Los costos financieros en referencia han sido estimados por este Tribunal en una cantidad equivalente a los intereses devengados por el capital indicado en el numeral que antecede, sobre la base de la tasa de interés activa promedio semanal de la banca comercial, publicada por el Banco Central de Venezuela en sus Boletines de Indicadores Semanales, según se detalla más adelante; y,
- 3.- El equivalente a los intereses que se causen, una vez agotado el lapso legal para el cumplimiento voluntario de este Laudo, hasta el definitivo pago de las sumas de dinero señaladas en los numerales 1° y 2° que anteceden, calculados a la tasa promedio activa semanal de la banca comercial, según los Boletines de Indicadores Semanales del Banco Central de Venezuela.

Los costos financieros mencionados en el ordinal 2° que antecede fueron calculados por el Tribunal Arbitral con la colaboración del experto señor Augusto César Morales P., y se detallan así:

Semana terminada el día	Capital	Tasa de Interés Semanal	Monto del Interés Causado
6-11-'92	Bs. 478.397.250,00	47,35%	Bs. 4.356.175,00
13-11-'92	Bs. 478.397.250,00	47,32%	Bs. 4.353.415,00
20-11-'92	Bs. 478.397.250,00	48,78%	Bs. 4.487.734,00
27-11-'92	Bs. 478.397.250,00	51,97%	Bs. 4.781.213,00
4-12-'92	Bs. 478.397.250,00	52,22%	Bs. 4.804.212,00
11-12-'92	Bs. 478.397.250,00	52,65%	Bs. 4.843.772,00
18-12-'92	Bs. 478.397.250,00	53,27%	Bs. 4.900.812,00
24-12-'92	Bs. 478.397.250,00	52,84%	Bs. 4.861.252,00
31-12-'92	Bs. 478.397.250,00	52,01%	Bs. 4.784.892,00
8-01-'93	Bs. 478.397.250,00	53,12%	Bs. 4.887.012,00
15-01-'93	Bs. 478.397.250,00	51,64%	Bs. 4.750.853,00
22-01-'93	Bs. 478.397.250,00	54,32%	Bs. 4.997.411,00
29-01-'93	Bs. 478.397.250,00	51,32%	Bs. 4.721.413,00
05-02-'93	Bs. 478.397.250,00	51,41%	Bs. 4.729.693,00
11-02-'93	Bs. 478.397.250,00	51,36%	Bs. 4.725.093,00
Total			Bs. 70.984.952,00

CAPITULO VII

DECISION, EN DERECHO, SOBRE LA RECLAMACION FORMULADA
 POR "MAPLATEX" PARA OBTENER EL REEMBOLSO DE COSTOS
 ADMINISTRATIVOS, UNICAMENTE EN RELACION AL CONTRATO
 N° 86-0482-5029, DEL 4 DE AGOSTO DE 1986,
 POR LA CANTIDAD DE BS. 22.563.004,00

La segunda reclamación formulada por "MAPLATEX" a "CADAFFE" se encuentra materializada, en cifras, en el Cuadro N° 2, acompañado como anexo al Compromiso Arbitral, en el cual la reclamación aparece calificada como "costo administrativo absorbido por MAPLATEX C.A. en la ejecución del contrato N° 86-0482-5029 con la COMPAÑIA ANONIMA DE ADMINISTRACION Y FOMENTO ELECTRICO 'CADAFFE'".

Como se señaló en la reseña de antecedentes contenida en el presente Laudo, "MAPLATEX" afirma que los costos administrativos aparecen como uno de los componentes de la estructura de precios del contrato, en el rubro denominado "Gastos Administrativos", y que tal circunstancia evidencia que ese concepto -en el cual se incluyen gastos de oficinas, personal administrativo, impuestos municipales y otras erogaciones misceláneas- fue tomado en cuenta por las partes al contratar; que su importe, en consecuencia, forma parte de los precios unitarios, y que, comoquiera que el contrato mencionado en el epígrafe se prolongó "por causas no imputables a MAPLATEX", los gastos administrativos se incrementaron sin aumento de la obra ejecutada, lo que se traduce en mayores gastos administrativos a los previstos. Así las cosas, "MAPLATEX" pretende se le reconozcan dichos mayores costos administrativos, porque sus solicitudes de prórrogas (de 11 meses y de 184 días), y la consecuencial prolongación del término de ejecución del contrato han tenido lugar por causas que no le son imputables. Como se desprende de lo que antecede, los gastos administrativos que MAPLATEX reclama son los incurridos durante los lapsos de las prórrogas.

Contra las pretensiones de "MAPLATEX", "CADAPE" alega que el incremento en los precios finales por aumento en los costos administrativos incurridos durante las prórrogas es **improcedente**, porque "MAPLATEX" se comprometió a que no podían haber variaciones de precios de los suministros cotizados por ella durante la ejecución del contrato, toda vez que la prórroga no es más que una extensión del plazo de ejecución originalmente convenido.

También alega "CADAPE", para contrarrestar la reclamación bajo análisis, que los mayores plazos de ejecución del contrato no sólo obedecen a la mora de "CADAPE" en sus pagos a "MAPLATEX", sino también a las dificultades que ésta tuvo para la obtención de suministros de insumos nacionales y de divisas para el pago de los insumos importados, debiendo entenderse, además, que la solicitud de prórroga por "MAPLATEX" y su concesión por "CADAPE" entrañan un recíproco perdón de faltas.

"CADAPE" aduce, a todo evento, que el plazo para formular la reclamación ha caducado son sujeción a la Cláusula Novena del contrato, pues en aquélla se fijó un término de treinta (30) días contados a partir de la fecha del Acta de Recepción Provisional para que "MAPLATEX" le presentase a "CADAPE", so

pena de caducidad, las reclamaciones que tuviere “con ocasión de la ejecución del trabajo objeto de este contrato”. Como el Acta de Recepción Provisional fue expedida el día 19 de julio de 1990 y la reclamación de “MAPLATEX” está fechada el 14 de febrero de 1991, para esta última fecha ya se había agotado el término útil previsto para reclamar.

El Tribunal Arbitral observa: Los precios fueron efectivamente calculados tomando en cuenta los diversos rubros de costos y uno de ellos fue el constituido por los “gastos administrativos”, por lo cual resulta forzoso aceptar que la prolongación de los plazos de ejecución -consecuenciales a las prórrogas- debe comportar una revisión de los “gastos administrativos” a fin de que se conserve la relación costo-beneficio virtualmente acordada por las partes. De consiguiente, “CADAPE” debe sufragar los mayores costos administrativos incurridos por “MAPLATEX”, y así se declara. “CADAPE” pudo, pero no lo hizo, no conceder las prórrogas, o al concederlas imponer la condición de que los “gastos administrativos” ya tasados no sufrirían aumento alguno por consecuencia de la extensión de los plazos de ejecución del contrato, porque es lógico pensar que si para la determinación del justo precio se tomaron en cuenta los “gastos administrativos”, y éstos aumentaron, por acuerdo de las partes para prolongar el lapso de ejecución del contrato -que no otra cosa son las prórrogas-, es lógico que “CADAPE” acepte los mayores costos administrativos incurridos, para que no sufra alteración el equilibrio económico-financiero del contrato, esto es, para que no se modifique la relación costo-beneficio que fue considerada justa por las partes, y así se establece.

Cuando “CADAPE” afirma que los plazos de ejecución del contrato **no solamente** se prolongaron por el retardo en los pagos que debía hacerle a “MAPLATEX”, está aceptando, por una parte, que el retardo suyo tuvo lugar y que la extensión de los plazos, al menos parcialmente, se debió a ese hecho, independientemente de las dificultades que hubiera confrontado “MAPLATEX” para proveerse de los insumos nacionales que requería y de las divisas tendientes al pago de los insumos importados, y así se declara.

La concesión de prórrogas por parte de “CADAPE” no entraña un recíproco perdón de faltas, pues, por una parte, la compensación de faltas no existe sino en el ámbito extracontractual, y por la otra, el efecto de la prórroga -como se ha dicho- es modificar el plazo de ejecución del contrato desde su inicio, con

la consiguiente repercusión sobre la estructura de costos, porque así fue concebido el contrato. Que "CADAFE" hubiera o no meditado en ello al conceder las prórrogas, es irrelevante sobre las consecuencias que ellas tuvieron en la estructura de costos. "CADAFE" concedió las prórrogas, probablemente sin advertir que ellas comportaban para "MAPLATEX" superiores gastos administrativos que en definitiva sería ella -la concedente de las prórrogas- quien tendría que sufragarlas, encontrándose ahora frente al hecho de que, jurídicamente, no puede alegar su propia torpeza, en aplicación del principio general de derecho "**Nemo auditur propriam turpitudinem allegans**", el cual si bien se encuentra circunscrito en nuestro ordenamiento jurídico a la materia de la **causa ilícita**, es, sin embargo, una regla que trasunta tanto al derecho como a la equidad.

En lo que se refiere a la caducidad alegada por "CADAFE", el Tribunal observa: La reclamación por mayores gastos administrativos incurridos por "MAPLATEX", de acuerdo a la Cláusula Novena del Contrato señalado en el epígrafe, está vinculada a la **ejecución de los trabajos** (es decir, a su **puesta en práctica**) que realizaba "MAPLATEX" con ocasión de dicho contrato y, por tanto, a ella le es efectivamente aplicable la susodicha cláusula, con arreglo a la cual el contratista, "dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha del Acta de Recepción Provisional del suministro, deberá formular por escrito a CADAFE, **so pena de caducidad**, las reclamaciones que **tuviere con ocasión de la ejecución del trabajo** objeto de este contrato, las cuales deberán ser tramitadas por la unidad administradora de CADAFE dentro de los noventa (90) días continuos al vencimiento del citado término...".

Como lo aduce "CADAFE", efectivamente, el Acta de Recepción Provisional del contrato señalado en el epígrafe fue levantada por las partes el día 19 de julio de 1990. La discrepancia que media entre las partes radica en que mientras "MAPLATEX" sustenta que ella formuló su reclamación a "CADAFE" en tiempo útil, pues lo hizo mediante comunicación fechada el 2 de agosto de 1989 (anexo 15), "CADAFE" postula que tal comunicación no contiene una "reclamación" propiamente dicha, dada la generalidad de sus términos, a lo cual se suma el hecho de que "MAPLATEX" no acompañó a esa comunicación los comprobantes que permitieran a "CADAFE" examinar adecuadamente el planteamiento de "MAPLATEX", para adherir o para disentir de él. "CADAFE" arguye que la reclamación verdadera y propia de "MAPLATEX" sólo tuvo lugar el día 14 de

febrero de 1991, mediante comunicación GG-046-91 (anexo 14), recibida por "CADAFE" el día 4 de marzo de 1991, según se evidencia de un sello húmedo estampado en la copia de la misma, y que para la última de las citadas fechas (4-3-91), y también para la primera (14-2-91), había transcurrido sobradamente el lapso de caducidad para la formulación de las reclamaciones que "MAPLATEX" tuviera con ocasión de la ejecución del trabajo, una de las cuales era, sin duda, la constituida por mayores "gastos administrativos" incurridos por consecuencia de las prórrogas.

El Tribunal Arbitral observa: La comunicación GG-273-89, del 2 de agosto de 1989, remitida por "MAPLATEX" a "CADAFE", hace referencia, **genéricamente**, a "costos administrativos, causados en el periodo 31/01/88 al 31/05/89 por extensión de la obra por la falta de pago de CADAFE y que formalmente facturamos a ustedes según anexo". En el anexo, que lo es la Factura N° 13835, se alude a "GASTOS DE ADMINISTRACION EXTRAS OCASIONADOS (sic) POR LA EJECUCION DEL CONTRATO EN REFERENCIA DURANTE EL TIEMPO COMPRENDIDO ENTRE EL 01-01-88 y el 31-05-89 22.653.003,55. SON: VEINTIDOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL TRES CON 55/100". A juicio del Tribunal, la presunta o supuesta "reclamación" de "MAPLATEX", contenida en la comunicación de fecha GG-273-89, del 2 de agosto de 1989, es **insuficiente** para que se la considere una **petición o exigencia formal** del pago de mayores costos administrativos, porque debido a la indefinición e indeterminación de dichos gastos "CADAFE" no podía manifestar su conformidad con ellos o disentir de la pretensión de "MAPLATEX", pues el detalle de tales gastos, sus pormenores, o la lista circunstanciada de ellos, era indispensable para emitir juicio sobre su procedencia o improcedencia, y así se declara.

Comoquiera que la citada comunicación enviada por "MAPLATEX" a "CADAFE" con fecha 2 de agosto de 1989 **carecía de idoneidad** para materializar una reclamación formal y propia, y comoquiera, igualmente, que la posterior comunicación enviada por "MAPLATEX" a "CADAFE" el 14 de febrero de 1991 se produjo con posterioridad a la consumación o al agotamiento del término de caducidad previsto en la Cláusula Novena del Contrato N° 86-0482-5029, del 4 de agosto de 1986, la pretendida reclamación de "MAPLATEX" a "CADAFE" debe considerarse **improcedente**, por haber sido formulada **a destiempo**, es decir, **extemporáneamente**, después de agotado el término útil para su formulación, y así se establece.

En virtud de lo que antecede, la reclamación de "MAPLATEX" por "gastos administrativos" montantes a la cantidad de Veintidos Millones Quinientos Sesenta y Tres Mil Cuatro Bolívares (Bs. 22.563.004,00), es **improcedente** y debe declararse **sin lugar**, como en efecto así se declara.

CAPITULO VIII
DECISION, EN DERECHO, SOBRE LA RECLAMACION
FORMULADA POR "MAPLATEX" A "CADAPE" POR LA
PERDIDA CAUSADA POR LA VENTA DE LOS BONOS DE LA
DEUDA PUBLICA DE "CADAPE", Y SUS CORRESPONDIENTES
COSTOS FINANCIEROS

En las páginas 28, 29 y 30 del "Compromiso Arbitral CADAPE-MAPLATEX" se reseñan los antecedentes de la reclamación mencionada en el epígrafe, antecedentes en los cuales las partes se hallan contestes, en razón de lo cual este Tribunal Arbitral debe considerar, como en efecto considera, que los hechos allí narrados son **verídicos** y se hallan excluidos del **thema probandum**, y así se declara.

De acuerdo a la mencionada reseña de antecedentes, con fecha 14 de octubre de 1988, "MAPLATEX" le cedió a "SIEMENS C.A.", mediante documento autenticado, "**en calidad de garantía**", las Valuaciones números 32 y 33 correspondientes al Contrato 86-0482-5029, por un monto de Cincuenta y Cuatro Millones Ciento Un Mil Cincuenta Bolívares con Veinte Céntimos (Bs. 54.101.050,20), con el objeto de que "SIEMENS AG" avalara a "MAPLATEX" ante el Banco de Venezuela Internacional, de Miami, para obtener un crédito de Cincuenta Millones de Bolívares (Bs. 50.000.000,00), para abrir y pagar cartas de crédito a favor de "SIEMENS AG", correspondientes a compras de materiales para la fabricación de contadores eléctricos para "CADAPE". La cesión en referencia fue notificada a "CADAPE" con fecha 18 de octubre de 1988, y aceptada por ésta con fecha 9 de noviembre de 1988, según referencia N° 41110-2332, del 9 de noviembre de 1988.

La operación hasta aquí descrita por los comprometientes configura la constitución de una **prenda sobre un crédito**, expresamente contemplada en

el artículo 1.847 del Código Civil, con sujeción al cual “si lo que se hubiere dado en prenda es una acreencia, el acreedor prendario tendrá derecho a cobrarla judicial o extrajudicialmente”. No hay duda, pues, y así se establece, sobre la legalidad de la cesión de crédito **en garantía** efectuada por “MAPLATEX” a “SIEMENS C.A.”

Uteriormente, “CADAFE” le propuso a “SIEMENS C.A.” pagar las aludidas **Valuaciones con Bonos de la Deuda Pública de “CADAFE”**, lo cual fue aceptado por “SIEMENS C.A.” según correspondencia del 2 de enero de 1989, habiendo supeditado “SIEMENS C.A.” la aceptación de la propuesta de CADAFE a que ésta pagaría la diferencia entre el valor nominal de los Bonos y el valor de mercado que se obtuviera por la negociación de ellos, condición que “CADAFE” aceptó el 5 de enero de 1989, según se desprende de la correspondencia N° 41000-CA-001. “CADAFE” se avino a tal condición, siempre que los citados Bonos de la Deuda Pública fueran objeto de una **“negociación pública”**. En ejecución de este acuerdo, celebrado por “CADAFE” con “SIEMENS C.A.”, esta última, en su condición de **acreedora prendaria**, recibió Cincuenta y Cuatro Millones de Bolívares (Bs. 54.000.000,00) en Bonos de la Deuda Pública de “CADAFE” el 9 de enero de 1989, y un pago en efectivo de Ciento Un Mil Cincuenta Bolívares con Veinte Céntimos (Bs. 101.050,20), correspondientes a la diferencia entre el valor nominal de los Bonos y el monto del crédito cedido por “MAPLATEX” a “SIEMENS C.A.”, **por causa de garantía**. También recibió “SIEMENS C.A.”, de “CADAFE”, Un Millón Trescientos Setenta y Un Mil Trescientos Setenta y Cinco Bolívares Con Cinco Céntimos (Bs. 1.371.375,05), correspondientes a los intereses producidos por los Bonos, mientras se hallaban bajo su tenencia. Todo esto significa que “SIEMENS C.A.”, en su expresada condición de **acreedora pignoratícia** de “MAPLATEX”, recibió, en nombre de ésta, por ser ella la titular del crédito primigenio dado en prenda, el monto de dicho crédito, sólo que lo recibió, parte en especie (los Bonos) y parte en dinero.

Resulta de antecedentes que “SIEMENS C.A.” vendió al Banco Provincial los susodichos Bonos al setenta por ciento (70%) de su valor nominal, con fecha 10 de marzo de 1989, recibiendo por consecuencia de tal negociación la cantidad de Treinta y Siete Millones Ochocientos Mil Bolívares (Bs. 37.800.000,00), cantidad esta perteneciente a “MAPLATEX”, puesto que constituía una materialización del crédito cedido **en garantía** por “MAPLATEX”

a "SIEMENS C.A.", garantía que se trasladó a los Bonos y ulteriormente al producto de la venta de éstos, todo dentro de una sucesión de acontecimientos que no llegaron a desvirtuar de su naturaleza **pignoratícia** a los Bonos recibidos como modalidad de pago del crédito dado **en prenda**, ni, en una segunda etapa, al dinero recibido por "SIEMENS C.A.", por consecuencia de la negociación de los Bonos. Así se establece.

"SIEMENS C.A.", con fecha 16 de marzo de 1989, le informó a "CADAPE" sobre la venta de los Bonos (en su condición de **acreedora pignoratícia**, porque otra no tenía), y le reclamó el pago de la diferencia entre los valores nominal y de realización de los Bonos, o sea, la cantidad de Dieciséis Millones Doscientos Mil Bolívares (Bs. 16.200.000,00), pretensión que fue considerada jurídicamente procedente por la Consultoría Jurídica de "CADAPE", según memorándum N° 0030, del 12 de marzo de 1990, dirigido a la Gerencia de Finanzas de dicha empresa.

El 10 de marzo de 1989, lo cual ratifica que "SIEMENS C.A." proseguía considerándose **acreedora prendaria** de "MAPLATEX" y consideraba a ésta propietaria del dinero obtenido por consecuencia de la enajenación de los Bonos, "SIEMENS C.A." le solicitó a "MAPLATEX" **instrucciones para la aplicación de los fondos así recibidos**. "MAPLATEX", reiterando también su condición de **constituyente de la garantía prendaria**, le ordenó a "SIEMENS C.A." depositar Treinta y Siete Millones Ochocientos Mil Bolívares (Bs. 37.800.000,00) en el Banco de Venezuela, para ser abonados a un pagaré cuyo principal ascendía a Cincuenta Millones de Bolívares (Bs. 50.000.000,00), y el resto para abonarlo a "SIEMENS AG" (señor Winter). Posteriormente, "MAPLATEX" le **instruyó** a "SIEMENS C.A." en el sentido de efectuar el abono antes mencionado a un pagaré del Banco Latino, mediante el cual, con fecha 26 de junio de 1987, "MAPLATEX" obtuvo de dicho instituto bancario Ocho Millones Doscientos Cincuenta Mil Bolívares (Bs. 8.250.000,00), con el aval de "SIEMENS C.A.", a los efectos de cancelar a "SIEMENS AG" la cifra de Cuatrocientos Noventa y Dos Mil Doscientos Cuarenta y Cinco Marcos Alemanes Con Ochenta y Dos Céntimos (DM 492.245,82), que "MAPLATEX" adeudaba por la falta de pago de "CADAPE". Esta operación se llevó a cabo, como resulta claramente del texto del Laudo (página 30). También se pagó al Banco de Venezuela, con el producto de la venta de los Bonos, en fecha 22 de marzo de 1989, la cantidad de Doce Millones Trescientos Treinta y Seis Mil

Treinta y Siete Bolívares con Cinco Céntimos (Bs. 12.336.037,05), quedando un saldo a favor del Banco de Dos Millones Quinientos Mil Bolívares (Bs. 2.500.000,00), que finalmente fue pagado por "MAPLATEX" el 24 de enero de 1990. El pago efectuado al Banco de Venezuela impidió saldar el pagaré adeudado por "MAPLATEX" al Banco Latino, por lo cual "SIEMENS C.A." y "MAPLATEX" convinieron en que al cobrar "SIEMENS C.A." los Dieciséis Millones Doscientos Mil Bolívares (Bs. 16.200.000,00) adeudados por "CADAFE" a "MAPLATEX" (por la diferencia entre los valores nominal y de realización de los Bonos), "SIEMENS C.A." saldaría el pagaré del Banco Latino. Este convenio entre "SIEMENS C.A." y "MAPLATEX" confirma, una vez más, el hecho de que "SIEMENS C.A." no era ni se atribuía la condición de titular de las cantidades de dinero que había venido cobrando, ni las que tenía la expectativa de cobrar de "CADAFE", vinculadas todas ellas a la cesión del crédito inicial, traspasado por "MAPLATEX" a "SIEMENS C.A.", **por causa de garantía.**

Como resulta de lo anterior, según el relato de los comprometientes en el compromiso arbitral (uno de los cuales es "CADAFE"), "SIEMENS C.A." y "MAPLATEX" han sido consecuentes, en todo el decurso de sus relaciones, al considerarse, la primera, acreedora pignoraticia, y la segunda, legítima titular del crédito cedido, durante los aconteceres y transformaciones que éste experimentó, primero en Bonos (fundamentalmente), y también en dinero (secundariamente), y luego en dinero y en una reclamación por la diferencia entre los valores nominal y de realización de los Bonos. Ese relato lo hacen **conjuntamente, de consuno, ambos comprometientes**, en las páginas 28, 29 y 30 del correspondiente compromiso arbitral.

Las observaciones que preceden demuestran la contradicción entre el relato expuesto por **ambos comprometientes**, y el ulterior alegato de "CADAFE" en contra de la reclamación bajo análisis (pág. 31), en el sentido de que "MAPLATEX" carece de cualidad para reclamar a CADAFE el reembolso de tales cantidades, en razón de haber cedido los Bonos a la empresa SIEMENS C.A. por documento de fecha 14 de octubre de 1988". El comportamiento de "SIEMENS C.A." y de "MAPLATEX", conforme al relato que antecede (uno de cuyos autores es "CADAFE"), demuestra, muy por el contrario, que "MAPLATEX" no cedió en propiedad los Bonos a "SIEMENS C.A.", en ningún momento; se los cedió simplemente en garantía, pues "SIEMENS C.A." siempre continuó solicitando instrucciones de "MAPLATEX" sobre la utilización del dinero, y ésta prosiguió,

en todo momento, dando pautas a “SIEMENS C.A.” sobre el empleo de los fondos.

La conducta de las partes en la ejecución de los contratos es un elemento de la mayor importancia, que actúa como un **definidor jurídico** de sus relaciones. En el caso de la especie esa conducta demuestra que no es cierto que con la cesión de los Bonos “MAPLATEX” se hubiese desprendido de la titularidad de los derechos correspondientes, transfiriéndoselos a “SIEMENS C.A.”, con la consecuencia de que deba ser a esta última empresa, y no a “MAPLATEX”, a quien corresponda el derecho a reclamar de “CADAFE” la pérdida experimentada en la venta de los referidos Bonos.

A estas alturas de los presentes razonamientos conviene destacar que en el texto del “Compromiso Arbitral CADAFE-MAPLATEX” hay dos tipos de declaraciones o de manifestaciones de voluntad de los comprometientes: unas declaraciones que ellos formulan de manera conjunta o de consuno. Tales declaraciones las vinculan a ambas, **sin que ulteriormente puedan retractarse o desdecirse de ellas**, porque las mismas constituyen las “bases” del Compromiso. A tal especie de declaraciones corresponde la inserta en las páginas 28, 29 y 30 del Compromiso, cuyo texto hemos glosado con anterioridad. Otras declaraciones son unilaterales y, por tanto, susceptibles de ser rechazadas, contradichas o combatidas por el otro comprometiente. A esta clase de declaraciones pertenece el alegato prepóster de falta de cualidad de “MAPLATEX”, que “CADAFE” formula después del reconocimiento de los hechos demostrativos de que entre “SIEMENS C.A.” y “MAPLATEX” siempre medió una relación de garantía. Aceptados los hechos demostrativos de la existencia de la relación de garantía no puede luego “CADAFE” volver sobre sus pasos, para alegar que “MAPLATEX” se desprendió de la titularidad de sus derechos al traspasar los Bonos a “SIEMENS C.A.”. Así se declara.

Las consideraciones y declaraciones del Tribunal, precedentemente efectuadas, aparecen corroboradas por las siguientes expresiones de “CADAFE” (Pág. 30 del Compromiso: “... **al cancelar MAPLATEX totalmente el pagaré del Banco de Venezuela, el 24 de enero de 1990, la suma adeudada por CADAFE pasó a ser de la titularidad de MAPLATEX**”, debiendo entenderse tales expresiones en el sentido de que “MAPLATEX” readquirió el derecho de cobrar el remanente del crédito dado en prenda, judicial o extrajudicialmente, sin que “MAPLATEX”

en ningún momento hubiese perdido su condición de **deudora pignoratícia**, y, por tanto, de titular **en propiedad** del crédito cedido en garantía inicialmente a “SIEMENS C.A.”, con su posterior evolución, consecuencial a la forma de pago de ese crédito primigenio por parte de “CADAPE”. El criterio que antecede lo admiten tanto “MAPLATEX” como “CADAPE”, pues el contenido de la letra E del punto número 1.3 del compromiso (Pág. 30 del Compromiso) -se repite- constituye una declaración emanada conjuntamente de “MAPLATEX” y “CADAPE”. Los comprometedores expresaron inequívocamente, de consuno, que “... al cancelar MAPLATEX totalmente el pagaré del Banco de Venezuela (24-01-90), la suma adeudada por CADAPE pasó a ser de la titularidad de MAPLATEX, y de ahí que ésta, con fecha 08-02-90, comenzó a reclamar directamente a CADAPE, incluyendo los mayores daños ocasionados a MAPLATEX por el no pago del pagaré del Banco Latino, al aplicar los fondos de que disponía al pago del pagaré del Banco de Venezuela”.

Así vistas las cosas, es improcedente, y así lo declara el Tribunal Arbitral, la defensa de “CADAPE” en el sentido de que “MAPLATEX carece de cualidad para reclamar a CADAPE el reembolso de tales cantidades, en razón de haber cedido los Bonos a la empresa SIEMENS C.A. por documento de fecha 14 de octubre de 1988”, pues de acuerdo a la reseña de antecedentes de la causa no existe ningún motivo por el cual “MAPLATEX” hubiera tenido que desprenderse de la propiedad de los Bonos en favor de “SIEMENS C.A.”, **sin contraprestación alguna**, a más de que -según se dijo- en declaración conjunta formulada por “CADAPE” y “MAPLATEX” en el texto del Compromiso, al reseñar los hechos, “CADAPE” reconoce que “MAPLATEX” es titular de la suma que ella adeuda, como se desprende de la copia textual de los párrafos pertinentes del citado Compromiso.

De los antecedentes del caso resulta que “MAPLATEX” no fue en ningún momento deudora de “SIEMENS C.A.”, sino de “SIEMENS AG”, y que si bien es cierto que “MAPLATEX” le cedió y traspasó un crédito **por causa de garantía** a “SIEMENS C.A.”, lo hizo porque ésta avaló un pagaré de “MAPLATEX” en el Banco de Venezuela. Esa relación de garantía nunca se transformó en una relación distinta, de modo que pudiera decirse que “MAPLATEX” no es la titular de los derechos remanentes susceptibles de ser reclamados por “MAPLATEX” a “CADAPE”. Así se establece.

Por lo demás, "MAPLATEX" produjo copia del documento que fue autenticado por ante la Notaría Pública Tercera del Distrito Sucre del Estado Miranda el 17 de octubre de 1988, anotado bajo el N° 10, Tomo 102 de los Libros de Autenticaciones respectivos, del cual resulta transparente que la cesión del crédito a cargo de "CADAFE", efectuada por "MAPLATEX" a "SIEMENS C.A.", fue en garantía y no en propiedad (**"Para garantizar el aval que SIEMENS AG otorga a mi representada ante el Banco Venezuela International Miami... cedo... en calidad de garantía..."**). El carácter de **garantía** de la cesión de crédito efectuada por "MAPLATEX" a "SIEMENS C.A.", también aparece reconocido por ésta en la comunicación que envió a "CADAFE" el 7 de setiembre de 1992 (Anexo 18), producida por "MAPLATEX", en la cual "SIEMENS C.A." expresa: "... Queremos poner en su conocimiento que MAPLATEX canceló con fecha 24.01.90, un pagaré por 50 MM Bs. que SIEMENS avaló ante el Banco de Venezuela. Por cuanto la cesión de las Valuaciones 32 y 33 del Contrato N° 86-0482-5029, fue efectuada por MAPLATEX **en calidad de garantía** de este aval, desde aquella fecha (24.01.90) finiquitó en derecho la cesión referida, **por lo cual el pago de los 16.2 MM Bs adeudados deben efectuarlo ustedes a MAPLATEX C.A.**". Estos documentos surten pleno valor probatorio, y acreditan el carácter, ya reconocido por este Tribunal Arbitral, de **cesión en garantía**, a la efectuada por "MAPLATEX" a "SIEMENS C.A.", del crédito a cargo de "CADAFE", carácter que dicho crédito conservó durante su transformación en Bonos y dinero, y también, subsecuentemente, hasta el cumplimiento cabal de su función caucionadora. Así se declara.

En virtud de todo lo anteriormente considerado y expuesto se declara sin lugar la defensa de "CADAFE" relativa a la falta de cualidad de "MAPLATEX" para exigir el pago de las cantidades constitutivas de la reclamación que se analiza.

Contra la reclamación que se examina "CADAFE" también aduce que el reconocimiento de la pérdida consuecual a la venta de los Bonos, por la diferencia entre los valores nominal y de realización de los mismos, sólo fue aceptada por ella para la hipótesis de que los Bonos fueran objeto de negociación pública, en la Bolsa de Valores. Los títulos fueron vendidos al Banco Provincial, en una negociación privada celebrada por "SIEMENS C.A.". "CADAFE" se excepciona frente a la reclamación en el sentido de que no se cumplió la condición de vender los Bonos mediante oferta pública, por lo cual ella no se encuentra obligada al pago de la diferencia entre el valor nominal y el valor de realización de los mismos.

Está probado en autos que "SIEMENS C.A." se dirigió al Banco de Venezuela S.A.C.A.-S.A.I.C.A. a fin de proponerle la venta de los Bonos, obteniendo por toda respuesta que no tenía interés en realizar la negociación, y que le recomendaba a "SIEMENS C.A." que se dirigiera a un Corredor para negociar los Bonos en referencia; que "SIEMENS C.A." le solicitó a "PEREZ GRAHAM Y CIA." (corredor público de títulos-valores inscrito en la Bolsa de Valores de Caracas) que negociara los Bonos, y que dicha firma le comunicó a "SIEMENS C.A.", mediante carta del 27 de febrero de 1989, que los esfuerzos que hizo para vender los Bonos en el mercado no resultaron exitosos, por falta de compradores, y que en febrero de 1989 se había celebrado en la Bolsa de Valores la primera operación de este tipo de Bonos, al precio del setenta por ciento (70%) de su valor nominal, y que el mercado, hasta esa fecha, había estado carente de demanda alguna de dichos Bonos. "PEREZ GRAHAM Y CIA." opinó que el precio de los Bonos podía debilitarse aún más. Aparece en autos **certificación** emanada de la Bolsa de Valores de Caracas, del 16 de octubre de 1992, confirmativa de que en febrero de 1989 se celebró allí una sola operación sobre Bonos de "CADAFE" al setenta por ciento (70%) de su valor nominal. Todo indica, pues, que "SIEMENS C.A." trató infructuosamente de colocar los Bonos en el mercado, y que ante la imposibilidad de hacerlo, decidió efectuar la operación al precio en el cual veintidós (22) días antes se había realizado una operación en el mercado de valores al setenta por ciento (70%) del valor nominal de dichos títulos.

A cuanto ha sido expuesto cabe agregar que la certificación expedida por la Bolsa de Valores de Caracas es un **"acto de autoridad"** -vale decir, un verdadero-acto administrativo, dictado por un particular investido de **función pública**-, expedido por esa Institución en ejercicio de **funciones administrativas**, con fundamento en la facultad prevista en los artículos 103 (ordinal 5º) de la Ley de Mercado de Capitales y 2º (literal e) de su Reglamento Interno. Trátase, por tanto, de un acto administrativo de efectos particulares, expedido con fundamento en expresa habilitación de Ley, a través del cual la **Bolsa de Valores de Caracas C.A., en ejercicio delegado del poder de imperium del Estado**, dio fe sobre el número de operaciones realizadas en bolsa con bonos de la deuda pública de "CADAFE" durante el mes de febrero de 1989, así como la cotización resultante (en propósito, MUCI BORJAS, José Antonio; "Las Bolsas de Valores como Servicio Público. Competencia de las Bolsas de Valores para Expedir Actos Administrativos"; ponencia presentada

en el Ciclo de Conferencias de Derecho Mercantil organizadas por el Instituto de Estudios Jurídicos “Angel Francisco Brice”, celebradas en la ciudad de Maracaibo durante el mes de octubre de 1990). En virtud de la **presunción de legitimidad, veracidad y legalidad** que ampara a la certificación **in commento**, dado su carácter de acto de autoridad, la misma hace **plena prueba**, toda vez que “CADAFE” no suministró prueba alguna que desvirtuase su contenido. Así se decide.

Gratia arguendi, cabe destacar que el Estado venezolano contemporáneo **no** se encuentra en capacidad de atender y satisfacer **-de manera directa-** todas las necesidades de la sociedad. En otras palabras, el Estado se halla en una situación de **impotencia**, pues no cuenta con los medios, ni tampoco con los ingentes recursos, que se requieren para poder prestar a la colectividad todos los servicios que ésta requiere. Ante esta “crisis de los servicios”, el Estado venezolano, inspirado en la experiencia francesa durante el período que medió entre las dos guerras mundiales, ha encomendado la prestación de algunas **actividades de interés general** a particulares, ajenos a la organización estatal, quienes, brindando su colaboración, coadyuvan a que el Estado logre sus fines y objetivos. Un ejemplo de esta modalidad de colaboración entre el Estado y los particulares lo constituyen las Universidades Privadas, personas jurídicas de Derecho Privado que, con fundamento en una “delegación legislativa”, imparten educación, entendida como un verdadero **servicio público** (Artículo 4° de la Ley Orgánica de Educación). El Legislador, con la finalidad de facilitarle a los particulares la prestación del servicio público que se les encomienda, y a fin de garantizarle a la comunidad la **eficacia, continuidad y regularidad** en la prestación del servicio, confiere a dichos sujetos, mediante texto expreso de ley, **poderes exorbitantes**, facultándolos así para expedir **actos de autoridad**. Nos hallamos frente a la denominada **descentralización por colaboración** y -conforme a la doctrina del Consejo de Estado Francés- en estos casos debe aplicarse el Derecho Administrativo al ejercicio de los poderes delegados, ya que se trata de actividades cuya realización compete, en principio, a la Administración Pública, pero que son atendidas por particulares en beneficio de toda la comunidad. En consecuencia, existen supuestos en los cuales personas de Derecho Privado quedan habilitadas por ley para expedir actos de autoridad, **en ejercicio delegado del poder de imperium del Estado**, y tales actos, por ser verdaderos actos administrativos, dictados -según los casos- en uso de funciones normativas, administrativas o jurisdiccionales, son

manifestaciones unilaterales de voluntad con carácter **imperativo**, amparadas por la **presunción de legitimidad, veracidad y legalidad** y, al mismo tiempo, dotadas de **ejecutividad y ejecutoriedad**. Conforme a lo expuesto anteriormente, el **ejercicio de funciones o de servicios públicos** por parte de sujetos de Derecho Privado ha sido reconocido y admitido por la jurisprudencia venezolana. Cabe citar, entre otras, las sentencias dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en fecha 18 de febrero de 1986, caso Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela -SACVEN-, (publicada en la Revista de Derecho Público número 25; Editorial Jurídica Venezolana; Caracas, 1986; páginas 102 y siguientes) y 13 de febrero de 1986, caso Federación Venezolana de Tiro (Op. cit.; páginas 114 y siguientes), así como la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fecha 22 de septiembre de 1987, caso Federación de Colegios de Abogados de Venezuela (publicada en la Revista de Derecho Público número 32, Editorial Jurídica Venezolana; Caracas; 1987; páginas 87 y 88). Como se observa, existen supuestos en los cuales personas de Derecho Privado, totalmente ajenas a la organización estatal, quedan habilitadas por ley para ejercer -por vía de "**delegación**"- el poder de **imperium** del Estado y, consecuentemente, son competentes para expedir "actos de autoridad", es decir, verdaderos actos administrativos, cuya conformidad con el Derecho puede ser controlada por los tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo. Sobre la base de los considerandos expuestos precedentemente, cabe afirmar, sin lugar a duda alguna, que la certificación expedida por la Bolsa de Valores de Caracas es un "**acto de autoridad**" -vale decir, un verdadero **acto administrativo**, dictado por un **particular investido de función pública**-, a través del cual esa Institución, con fundamento en expresa habilitación de Ley, **dio fe** sobre el número de operaciones realizadas en bolsa con bonos de la deuda pública de "CADAFE" durante el mes de febrero de 1989, así como la cotización resultante.

Considera el Tribunal Arbitral que, para decidir sobre este segundo alegato expuesto por "CADAFE" en contra de la reclamación de "MAPLATEX", debe indagarse cuál fue la intención que tuvo "CADAFE" al contratar con "MAPLATEX" sobre la entrega y ulterior venta de los Bonos. Entre ambas medió un Contrato, al haber aceptado "CADAFE" que los Bonos fueran vendidos en el mercado, y al avenirse, igualmente, a que correría con cualquier pérdida incurrida en dicha venta (por diferencia entre los valores nominal y de realización), y al convenir "SIEMENS C.A." en los términos de la autorización expedida por "CADAFE". En

la situación considerada medió un acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y de derechos para las nombradas partes, al cual es aplicable la disposición del artículo 1.160 del Código Civil, según el cual “los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”.

Es necesario, por tanto, escudriñar, tratar de indagar qué se propuso “CADAFE” al proponerle a “SIEMENS C.A.” la entrega y posterior venta de los Bonos, para que su producto fuera imputado al pago de la deuda que tenía contraída con “MAPLATEX”, supeditada a que dichos Bonos fueran vendidos mediante “negociación pública”. No cabe duda que “CADAFE”, con la entrega de los Bonos a “SIEMENS C.A.”, se propuso pagar aunque fuera parcialmente la deuda contraída con “MAPLATEX”, toda vez que se obligó a hacer frente a la diferencia entre el valor nominal de los Bonos y el probable menor valor que se obtuviera de **resultas** de su colocación en el mercado.

También se propuso “CADAFE”, al imponer la precitada condición, que los Bonos no se realizaran por cualquier precio, sino por aquel que realmente tuviesen para el momento de ser vendidos, acudiendo a un mecanismo que asegurara un precio obtenido en condiciones competitivas. Dicho de otro modo: puesto que la venta de los Bonos probablemente le produciría una pérdida, “CADAFE” se propuso que fuera transparente su negociación, para poder justificar las pérdidas incurridas, lo cual constituía un propósito laudable, sobre todo si se tiene en cuenta que “CADAFE” es una empresa perteneciente al sector público.

Los mercados de valores están organizados, universalmente, en mercados bursátiles y extrabursátiles. Los primeros funcionan, generalmente, dentro de límites de tiempo precisos. La negociación de los valores cotizados, por otra parte, depende de las circunstanciales manifestaciones de oferta y demanda, en forma competitiva, lo cual produce el desplazamiento de las preferencias de los inversionistas hacia los títulos de mayor rendimiento o de mayor seguridad, en función de las inclinaciones de los ahorradores. El resultado del funcionamiento del mercado bursátil es que la preferencia por los títulos varía en forma casi constante. Dentro del ámbito bursátil, los títulos de renta variable (generalmente

acciones) se cotizan más que los títulos de renta fija (los bonos), porque éstos están usualmente acompañados de tasas de interés fijo. El mercado de bonos, por tanto, es más estrecho (en volúmenes transados) que el mercado accionario.

La estrechez del mercado bursátil de títulos de renta fija (y también de los de renta variable) es compensada por la configuración del mercado o de los mercados extrabursátiles, en los cuales actúan con carácter permanente los llamados **inversionistas institucionales**, quienes siempre -o casi siempre-, tienen una cotización o un precio indicativo para cualquier título, divisa o mercadería. Se llaman inversionistas institucionales a aquellas entidades que tienen asignada la **función** de emitir y adquirir títulos (los bancos, las casas de bolsa y las sociedades financieras, son inversionistas institucionales por excelencia). También se califica de inversionistas institucionales a las personas que se dedican habitualmente a la función de comprar y vender -para sí o para otros- títulos cotizados o no. Este mercado extrabursátil, flexible en su dimensión y en sus modalidades de operación, es también un mercado competitivo, en el cual los precios se forman de acuerdo a la oferta y la demanda, aunque éstas no se manifiestan del modo simultáneo como se muestran en la actividad bursátil. El mercado extrabursátil es público, no tan patente como el bursátil, pero difícilmente se pueden ocultar las peculiaridades de sus operaciones, por la constante comunicación que mantienen entre sí sus operadores o agentes. El hecho de que en el caso concreto haya coincidido la cotización bursátil con el precio pactado en el mercado fuera de bolsa, confirma la existencia de esa comunicación constante y los efectos producidos por la oferta y demanda real (términos competitivos) de los títulos.

Entiende el Tribunal Arbitral, y así lo establece, que las finalidades buscadas por "CADAFE" a través de la condición de que los bonos fueran vendidos mediante un proceso de "**negociación pública**" se lograron a través de la negociación con un inversionista institucional utilizado por "SIEMENS C.A.", frente a la imposibilidad que ésta tuvo para colocarlos en el mercado bursátil. Lo anterior se desprende de los memoranda distinguidos con los números 0030 y 0022, de fechas 13 de marzo y 25 de enero de 1991, dirigidos por la Consultoría Jurídica de dicha empresa a la Vicepresidencia Ejecutiva y a la Dirección de Economía y Finanzas de la misma, en los cuales se considera procedente el pago de la diferencia existente entre el valor nominal y el valor

de negociación de los Bonos. El Tribunal Arbitral le concede a esos memoranda pleno valor probatorio, como documentos demostrativos de la intención que guió a "CADAFE" al establecer que la venta de los Bonos debía hacerse mediante "negociación pública". El Tribunal Arbitral le reconoce dicho valor probatorio a los memoranda mencionados, conforme a la regla N° 4 del Capítulo III del Compromiso Arbitral, en el cual se faculta a los árbitros para otorgar valor probatorio a las cartas o comunicaciones emanadas de funcionarios o empleados de cualquiera de los comprometientes.

Conviene aclarar que mientras "CADAFE" alega en el Compromiso (pág. 31) que "... El reconocimiento de tales pérdidas estuvo condicionado por CADAFE a que los Bonos fueran negociados de manera pública en Bolsa de Valores...", en la comunicación dirigida a "SIEMENS C.A." con fecha 5 de enero de 1989, "CADAFE" sólo dice que "... para... poder reconocer pérdida alguna, la misma debe ser producto de la negociación pública de los títulos...", sin que para nada se aluda a la Bolsa de Valores (Anexo 17). Deriva de lo anterior que la negociación en Bolsa no era forzosa, de ser concebible una negociación pública extrabursátil. Nada se opone, en concepto del Tribunal Arbitral, a que se considere equivalente a una negociación en bolsa -en lo que atañe a su carácter público-, a la realizada al precio de la más reciente cotización en bolsa, como ocurrió en el caso de la especie, según se desprende de la certificación expedida el 16 de octubre de 1992 por la Bolsa de Valores de Caracas, ya que, por una parte, la cotización en bolsa, producto del libre juego de la oferta y la demanda, es pública, por ser notoria, patente, manifiesta, y susceptible de ser conocida por todos; y por la otra, porque -a juicio de este Tribunal- la intervención o participación de uno o varios intermediarios en el proceso de negociación o colocación de los valores, le da publicidad a la oferta. En propósito, cabe destacar que uno de los criterios empleados por la legislación belga para considerar una oferta como pública es, precisamente, la participación de uno o varios intermediarios en el proceso de colocación de los títulos. Por otra parte, como lo expresa Martínez Neira: "No solamente en las bolsas se realizan las transacciones que son la materia real del mercado público de valores" (MARTÍNEZ NEIRA, Néstor; "Intervención del Estado en el Mercado Público de Valores"; Editorial Temis; Bogotá; 1986: página 60). En otras palabras, cabe afirmar que el precio bursátil empleado por las partes como referencia, fue un precio que se formó objetivamente -vale decir, de manera

impersonal- a consecuencia del libre juego de la oferta y la demanda en bolsa, razón por la cual dicho precio fue establecido mediante un procedimiento transparente, y así se decide.

En virtud de lo que antecede, el Tribunal Arbitral considera, y así lo establece, que es improcedente la negativa de “CADAFE” a admitir la reclamación que se le formula por el hecho de que los Bonos no hubieran sido objeto de “negociación pública, en una Bolsa de Valores”, toda vez que, por una parte, en la comunicación que “CADAFE” envió a “SIEMENS C.A.”, autorizándola para vender los Bonos, no se hizo referencia a la **Bolsa de Valores**, y por la otra, porque el mecanismo que fue empleado en definitiva se tradujo en una consecución de los propósitos buscados por “CADAFE”, de hacer un pago aunque fuera parcial a la deuda contraída con “MAPLATEX”, a través de la venta de los Bonos, y de que dicha venta se hiciera mediante un procedimiento transparente, que permitiera obtener el precio real de los mismos en el mercado.

También hace valer “CADAFE” contra esta reclamación los alegatos expuestos en cuanto a que su obligación es de carácter pecuniario, y que la indemnización por retardo consistiría únicamente en el pago del interés legal, de conformidad con el artículo 1.277 del Código Civil, siendo improcedente el pago de daños mayores, como pretende MAPLATEX.

El Tribunal considera que la invocación de la norma del artículo 1.277 del Código Civil, por parte de “CADAFE”, en nada se relaciona con la reclamación bajo estudio, basada en la promesa de CADAFE de reconocer “... la posible pérdida en que se incurra a la hora de negociar dichos títulos...”. “MAPLATEX” no reclama intereses, sino -en adición a la diferencia entre los valores nominal y de realización de los bonos- los **daños** que ha tenido que soportar por causa de la mora de “CADAFE”, al no saldarle oportunamente la pérdida incurrida en la venta de los bonos, y así se declara. El Tribunal Arbitral ratifica, a todo evento, que el artículo 1.277 del Código Civil contempla un **interés presuntivo**, que debe pagar el deudor, a título de daños y perjuicios, cuando incurre en retardo en el cumplimiento de su obligación, pero que está lejos de significar que el acreedor no pueda probar daños mayores, y de que en tal hipótesis los mismos le deban ser satisfechos. Los daños y perjuicios consistentes en el pago del interés legal, deben ser satisfechos por el deudor **en todo caso**, sin que el

acreedor esté obligado a comprobar ninguna pérdida, lo cual subraya el carácter **presuntivo** de los mismos. El acreedor, sin probar daño o perjuicio alguno, tiene derecho a cobrar el interés legal, en concepto de daños y perjuicios; eso es lo que expresa la regla del artículo 1.277 del Código Civil, pero dicha regla no puede ser interpretada en el sentido de que ella impide o excluye el cobro de daños y perjuicios por cantidades excedentes al interés legal, si tales daños y perjuicios resultaren probados. Así se establece. En consecuencia, también es improcedente contra la reclamación por pérdida incurrida en la venta de los Bonos de "CADAFE", el alegato de que "CADAFE" sólo estaría obligada a pagar la indemnización prevista en el artículo 1.277 del Código Civil.

"CADAFE", por lo demás, no discute el monto de la reclamación formulada por MAPLATEX, que es objeto de análisis, cuyos rubros (Diferencia entre los valores nominal y de realización de los Bonos: Bs. 16.200.000,00, y Costos financieros: Bs. 36.316.064,54) se señalan en el cuadro N° 3 que fue anexado al Compromiso Arbitral, del cual resulta que el total de esa reclamación, al 31 de agosto de 1992, era de Cincuenta y Dos Millones Quinientos Dieciséis Mil Sesenta y Cuatro Bolívares con Cincuenta y Cuatro Céntimos (Bs. 52.516.064,54), con la advertencia de que "MAPLATEX" pretende se le paguen los costos financieros incurridos luego y los que se sigan causando hasta el pago definitivo de los rubros reclamados.

Con la finalidad de probar los costos financieros incurridos por "MAPLATEX", en relación al pagaré S/N de fecha 26 de junio de 1987, del Banco Latino, a partir del 16 de marzo de 1989 y hasta el 28 de febrero de 1992, el 31 de agosto de 1992 y el 31 de octubre de 1992, al igual que el monto que "MAPLATEX" le reclama a "CADAFE" por concepto de la pérdida incurrida en la venta de los Bonos de la Deuda Pública de "CADAFE", con los cuales esta empresa pagó las Valuaciones 32 y 33 del Contrato 86-0482-5029, "MAPLATEX" -el 9 de noviembre de 1992- promovió una experticia, que también versó sobre las otras reclamaciones formuladas por "MAPLATEX" a "CADAFE" conforme a los términos del Compromiso Arbitral. La experticia fue evacuada, dentro del término que le fue concedido al efecto (el 15 de diciembre de 1992), por el experto ciudadano Augusto César Morales P., Contador Público, titular de la Cédula de Identidad N° 924.798, e inscrito en el Colegio Público de Contadores bajo el N° 69, miembro de la firma "Pérez Mena, Everts, Morales y Asociados",

auditores externos de "CADAFE". La designación del experto fue hecha conjuntamente por los comprometientes "MAPLATEX" y "CADAFE" el 11 de noviembre de 1992. El Informe del experto fue preparado con base en los Libros Principales y Auxiliares de "MAPLATEX" y sobre los comprobantes y elementos de su contabilidad. Del dictamen pericial resulta (páginas 28 y 29), en lo atinente a esta tercera reclamación bajo análisis, lo siguiente: Las cantidades señaladas en el Informe Pericial, por diferencia entre los valores nominal y de realización de los Bonos, de Dieciséis Millones Doscientos Mil Bolívares (Bs. 16.200.000,00), y por costos financieros hasta el 31 de agosto de 1992, de Treinta y Seis Millones Trescientos Dieciséis Mil Sesenta y Cuatro Bolívares Con Cincuenta y Cuatro Céntimos (Bs. 36.316.064,54), son coincidentes con las reclamadas por "MAPLATEX" a "CADAFE" en el Cuadro número 3 (menos en Cincuenta y Cuatro Céntimos, contra la pretensión de "MAPLATEX" en materia de costos financieros). La suma de las cantidades determinadas por el experto en relación al citado Cuadro número 3, asciende a la cantidad de Cincuenta y Dos Millones Quinientos Dieciséis Mil Sesenta y Cuatro Bolívares (Bs. 52.516.064,00). Así se declara. Conforme a lo solicitado por la promovente de la experticia, el experto también calculó los costos financieros incurridos por "MAPLATEX" hasta el 31 de octubre de 1992, elevándose los mismos, para esa fecha, a Treinta y Nueve Millones Novecientos Cuarenta y Cuatro Mil Ciento Ochenta y Cuatro Bolívares (Bs. 39.944.184,00), lo que hace un gran total, hasta el 31 de octubre de 1992, por pérdida incurrida en la venta de los Bonos de la Deuda Pública de "CADAFE" (Bs. 16.200.000,00) más costos financieros (Bs. 39.944.184,00), de Cincuenta y Seis Millones Ciento Cuarenta y Cuatro Mil Ciento Ochenta y Cuatro Bolívares (Bs. 56.144.184,00).

Conforme a la disposición del artículo 38 del Código de Comercio, "los Libros (de comercio) llevados con arreglo a los artículos anteriores podrán hacer prueba entre comerciantes por hechos de comercio...". Tanto "MAPLATEX" como "CADAFE" son compañías anónimas, sin que tal afirmación resulte atenuada por el hecho de que "CADAFE" forme parte del sector público, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 200 *eiusdem*, "... las sociedades anónimas... tendrán siempre carácter mercantil, **cualquiera que sea su objeto**, salvo cuando se dediquen exclusivamente a la explotación agrícola o pecuaria". En razón de lo anterior, a la experticia practicada sobre

los Libros de Comercio de "MAPLATEX", y sobre sus comprobantes y elementos de su contabilidad debe concedérsele **pleno valor probatorio**, como en efecto se lo reconoce el Tribunal Arbitral. Vale la pena destacar las circunstancias - que vigorizan la **eficacia procesal plena** reconocida a la experticia-, que "CADAFE" nada objetó a los términos de promoción de la experticia, ni formuló observación alguna al experto nombrado -para que fuese tomada en cuenta en el Informe Pericial-, ni adujo reparos de ningún género al método utilizado por el experto, ni a sus conclusiones, lo cual bien pudo hacer, para que cualquier alegato suyo fuese examinado por el Tribunal, con fundamento en el derecho a la defensa, consagrado en el artículo 68 constitucional. La eficacia atribuida a la experticia viene a ser fortalecida por el artículo 8 de la Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública.

En virtud y por mérito de todo lo anteriormente expuesto respecto de la tercera reclamación formulada por "MAPLATEX" a "CADAFE", el Tribunal Arbitral condena a "CADAFE" a pagarle a "MAPLATEX" las siguientes cantidades: 1.- La cantidad de Cincuenta y Seis Millones Ciento Cuarenta y Cuatro Mil Ciento Ochenta y Cuatro Bolívares (Bs. 56.144.184,00), por los conceptos anteriormente expresados; 2.- La suma de Ocho Millones Trescientos Treinta Mil Setecientos Dieciocho Bolívares (Bs. 8.330.718,00), por concepto de los costos financieros que se han causado desde el 1º de noviembre de 1992 hasta la publicación del presente Laudo. Los costos financieros en referencia han sido estimados por este Tribunal en un cantidad equivalente a los intereses devengados por el capital indicado en el numeral que antecede, sobre la base de la tasa de interés activa promedio semanal de la banca comercial, publicada por el Banco Central de Venezuela en sus Boletines de Indicadores Semanales, según se detalla más adelante; y, 3.- El equivalente a los intereses que se causen, una vez agotado el lapso legal para el cumplimiento voluntario de este Laudo, hasta el definitivo pago de las sumas de dinero señaladas en los numerales 1º y 2º que anteceden, calculados a la tasa promedio activa de la banca comercial, según los Boletines de Indicadores del Banco Central de Venezuela.

Los costos financieros mencionados en el ordinal 2º que antecede fueron calculados por el Tribunal Arbitral con la colaboración del experto señor Augusto César Morales P., y se detallan así:

Semana terminada el día	Capital	Tasa de Interés Semanal	Monto del Interés Causado
6-11-'92	Bs. 56.144.184,00	47,35%	Bs. 511.236,00
13-11-'92	Bs. 56.144.184,00	47,32%	Bs. 510.912,00
20-11-'92	Bs. 56.144.184,00	48,78%	Bs. 526.676,00
27-11-'92	Bs. 56.144.184,00	51,97%	Bs. 561.118,00
4-12-'92	Bs. 56.144.184,00	52,22%	Bs. 563.817,00
11-12-'92	Bs. 56.144.184,00	52,65%	Bs. 568.460,00
18-12-'92	Bs. 56.144.184,00	53,27%	Bs. 575.154,00
24-12-'92	Bs. 56.144.184,00	52,84%	Bs. 570.511,00
31-12-'92	Bs. 56.144.184,00	52,01%	Bs. 561.550,00
8-01-'93	Bs. 56.144.184,00	53,12%	Bs. 573.534,00
15-01-'93	Bs. 56.144.184,00	51,64%	Bs. 557.555,00
22-01-'93	Bs. 56.144.184,00	54,32%	Bs. 586.491,00
29-01-'93	Bs. 56.144.184,00	51,32%	Bs. 554.100,00
05-02-'93	Bs. 56.144.184,00	51,41%	Bs. 555.072,00
11-02-'93	Bs. 56.144.184,00	51,36%	Bs. 554.532,00
Total			Bs. 8.330.718,00

CAPITULO IX

TRATAMIENTO DE LOS COSTOS FINANCIEROS CAUSADOS CON POSTERIORIDAD AL DIA 31 DE OCTUBRE DE 1992, Y DE LOS QUE SE CAUSEN CON POSTERIORIDAD AL VENCIMIENTO DEL LAPSO DE CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO DE ESTE LAUDO

Los **costos financieros** de las reclamaciones ya declaradas procedentes son, en primer lugar, los determinados por el experto designado de común acuerdo por los comprometientes hasta el 31 de octubre de 1992, fecha límite fijada por "MAPLATEX" para realizar ese cálculo al promover su experticia; en segundo término, los costos de igual naturaleza causados a partir del día 1° de noviembre de 1992, por ser éste el día inmediatamente siguiente a la fecha límite de la experticia, hasta la fecha de publicación del presente Laudo, estimados por este

Tribunal en una cantidad equivalente a los intereses devengados por el capital indicado en el numeral que antecede, sobre la base de la tasa de interés activa promedio semanal de la banca comercial, publicada por el Banco Central de Venezuela en sus Boletines de Indicadores Semanales; y, finalmente, los costos financieros que se causen con posterioridad al vencimiento del lapso de cumplimiento voluntario que fije el Tribunal, calculados también en una cantidad equivalente a los intereses devengados por el monto total de la condena, sobre la base de la tasa de interés activa promedio semanal de la banca comercial, publicada por el Banco Central de Venezuela en sus Boletines de Indicadores Semanales. El Tribunal ha considerado que tanto los costos financieros que se han causado desde el 10 de noviembre de 1992 (día inmediatamente siguiente a la fecha límite de los cálculos realizados por el experto designado de común acuerdo por los comprometientes) hasta la publicación del presente Laudo, así como los costos que se causen a partir del vencimiento del término que fije el Tribunal para el cumplimiento voluntario del Laudo -dentro del término mínimo y máximo señalado por la Ley-, deben ser determinados sobre la base de **un criterio objetivo**, independiente de la voluntad de las partes, que guarde consonancia con el valor del dinero en el mercado, sujeto a oscilaciones que puedan ser mensuradas, exigencias que cumple la tasa promedio activa semanal de la banca comercial, según los Boletines de Indicadores Semanales del Banco Central de Venezuela. De este modo, el cálculo no queda librado a las tasas de interés que el beneficiario de la condena judicial pueda contratar a su antojo, para que con ellas cargue la parte vencida, sin control alguno esta última. A partir del día 1° de noviembre de 1992, fecha límite de los cálculos realizados por el experto, sólo un factor ajeno a las partes comprometientes, y de consiguiente, no susceptible de ser influido o mediatizado por las mismas, debe ser la medida para cuantificar los costos financieros adicionales causados con posterioridad a la aludida fecha límite del peritaje, y que pueden llegar a causarse desde el agotamiento del término que fije el Tribunal para el cumplimiento voluntario del Laudo y el momento en el cual se produzca del definitivo pago de los costos anteriores a la publicación del Laudo. Trátase de unos costos financieros por **equivalencia**, que este Tribunal Arbitral considera que deben mensurarse a través de la citada tasa promedio activa, según los indicadores semanales del Banco Central de Venezuela, y así se declara. En aplicación de este criterio, los costos que "CADAFE" debe pagar a "MAPLATEX", en los casos que en ello resulta procedente, son los equivalentes a dicha tasa promedio activa de la banca

comercial, según los Boletines de Indicadores Semanales del máximo Instituto emisor, y ya no más los criterios subjetivos que puedan haber determinado los costos de "MAPLATEX" con anterioridad a la evacuación de la experticia. Así se establece.

CAPITULO X DISPOSITIVO DEL LAUDO

Con fundamento en el mérito de todas las consideraciones anteriores, los Arbitros actuantes, designados para dirimir la controversia delimitada en el "Compromiso Arbitral CADAPE-MAPLATEX", de fecha 23 de septiembre de 1982, en ejercicio de las potestades que les fueron atribuidas por los comprometientes, y también en nombre de la República y por autoridad de la ley, deciden del modo que sigue las reclamaciones formuladas por "Manufacturas Plásticas y Telefónicas MAPLATEX C.A." y "C.A. de Administración y Fomento Eléctrico (CADAPE)", ambas suficientemente identificadas en el presente Laudo, de la manera siguiente:

PRIMERO.- Se declara procedente la reclamación formulada por "MAPLATEX" a "CADAPE" por "costos financieros" y, en consecuencia, se condena a "CADAPE" a pagar a "MAPLATEX" las siguientes cantidades: a) La cantidad de Cuatrocientos Setenta y Ocho Millones Trescientos Noventa y Siete Mil Doscientos Cincuenta Bolívares (Bs. 478.397.250,00), a la cual ascienden los costos financieros incurridos por "MAPLATEX" al 31 de octubre de 1992; b) La suma de Setenta Millones Novecientos Ochenta y Cuatro Mil Novecientos Cincuenta y Dos Bolívares (Bs. 70.984.952,00), por concepto de los costos financieros que se han causado desde el 1° de noviembre de 1992, por ser éste el día inmediatamente siguiente a la fecha límite de los cálculos efectuados en la experticia promovida por "MAPLATEX", hasta la publicación del presente Laudo. Los costos financieros en referencia han sido estimados por este Tribunal en una cantidad equivalente a los intereses devengados por el capital indicado en el numeral que antecede, sobre la base de la tasa de interés activa promedio semanal de la banca comercial, publicada por el Banco Central de Venezuela en sus Boletines de Indicadores Semanales; y, c) El equivalente a los intereses que se causen, una vez agotado el lapso legal para el cumplimiento

voluntario de este Laudo, hasta el definitivo pago de las sumas de dinero señaladas en los literales a) y b) que anteceden, calculados a la tasa promedio activa de la banca comercial, según los Boletines de Indicadores Semanales del Banco Central de Venezuela.

SEGUNDO.- Se declara improcedente y, por tanto, no haber lugar a ella, la "Reclamación por costos administrativos" planteada por "MAPLATEX" a "CADAPE", y

TERCERO.- Se declara procedente la reclamación formulada por "MAPLATEX" a "CADAPE" por la pérdida causada por las ventas de los Bonos de la Deuda Pública de "CADAPE", y sus correspondientes "costos financieros" y, en consecuencia, se condena a "CADAPE" a pagar a "MAPLATEX" las siguientes cantidades a) La cantidad de Cincuenta y Seis Millones Ciento Cuarenta y Cuatro Mil Ciento Ochenta y Cuatro Bolívares (Bs. 56.144.184,00) por la pérdida incurrida en la venta de los Bonos de la Deuda Pública de "CADAPE" (Bs. 16.200.000,00) y por los costos financieros incurridos por "MAPLATEX" hasta el 31 de octubre de 1992 (Bs. 39.944.184,00); b) La suma de Ocho Millones Trescientos Treinta Mil Setecientos Dieciocho Bolívares (Bs. 8.330.718,00), por concepto de los costos financieros que se han causado desde el 1º de noviembre de 1992, por ser éste el día inmediatamente siguiente a la fecha límite de los cálculos efectuados en la experticia promovida por "MAPLATEX", hasta la publicación del presente Laudo. Los costos financieros en referencia han sido estimados por este Tribunal en una cantidad equivalente a los intereses devengados por el capital indicado en el numeral que antecede, sobre la base de la tasa de interés activa promedio semanal de la banca comercial, publicada por el Banco Central de Venezuela en sus Boletines de Indicadores Semanales; y, c) El equivalente a los intereses que se causen, una vez agotado el lapso legal para el cumplimiento voluntario de este Laudo, hasta el definitivo pago de las sumas de dinero señaladas en los literales a) y b) que anteceden, calculados a la tasa promedio activa de la banca comercial, según los Boletines de Indicadores Semanales del Banco Central de Venezuela.

Quedan refundidos, del modo que precede, los pronunciamientos singulares o específicos formulados por el Tribunal Arbitral en los Capítulos precedentes de este Laudo.

Conforme al ordinal 10° del Capítulo III del Compromiso Arbitral, el presente Laudo omite todo pronunciamiento sobre costas, por haber convenido los comprometientes que no habría lugar a condenatoria al pago de las mismas.

A los fines de dar cumplimiento a la disposición del ordinal 2° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, se indican, de seguida, los nombres de los apoderados de las partes que aparecen acreditados como tales en este procedimiento arbitral: **Apoderados de "CADAFE".**- Abogados Angel Moreno Moreán, Nelson Rodríguez Gómez, Richard Bracho Montilva, Teódulo Soto Alvarado y Flora Oliva de González, titulares de las Cédulas de Identidad números 1.740.062, 2.941.285, 5.216.013, 1.247.538 y 2.112.346, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo las Matrículas números 1.693, 9.594, 20.430, 13.975 y 1.163, respectivamente. **Apoderados de "MAPLATEX".**- Abogados Enrique Lagrange, Justo Oswaldo Páez Pumar, Alfonso Graterol Jatar, María Ignacia Cure y Lidia Susko, titulares de las Cédulas de Identidad números 1.723.222, 2.153.198, 5.970.043, 9.965.435 y 3.158.712, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo las Matrículas números 6.715.644, 26.429, 45.458 y 17.153, respectivamente.

CAPITULO XI DECLARACIONES FINALES

El presente Laudo no se expide dentro del lapso primigenio fijado por los comprometientes en el Compromiso Arbitral, mas si dentro de la prórroga que las partes convinieron el 22 de diciembre de 1992, fecha en la cual extendieron el periodo útil para su dictado hasta el día 12 de febrero de 1993.

Conforme a lo dispuesto en el ordinal 10° del Capítulo III del "Compromiso Arbitral CADAFE-MAPLATEX", los Arbitros han estimado sus remuneraciones por separado, y hecho entrega de esas estimaciones a los comprometientes, juntamente con los recibos correspondientes. Los gastos incurridos por los árbitros con ocasión de este procedimiento ascienden a Cuatrocientos Veintiocho Mil Cuatrocientos Tres Bolívares con cincuenta céntimos (Bs. 428.403,50), la cual será pagada por los comprometientes, de por mitad. La mitad correspondiente a "CADAFE" será pagada al árbitro doctor Luis Alberto.

Sánchez, Doscientos Catorce Mil Doscientos Un Bolívars con Setenta y Cinco Céntimos (Bs. 214.201,75), y la mitad correspondiente a "MAPLATEX" será pagada al árbitro doctor Alfredo Morles Hernández, Doscientos Catorce Mil Doscientos Un Bolívars con Setenta y Cinco Céntimos (Bs. 214.201,75). Los prenombrados árbitros se encargarán de solventar los recibos que a cada uno de ellos le han sido entregados por el Tribunal.

Se ordena notificar a las partes del contenido del presente fallo, por oficio, anexando copia certificada del mismo, y consignar el expediente arbitral, incluyendo la pieza que contiene el presente Laudo, y la totalidad de sus anexos, ante el Tribunal que deberá conocer de su ejecución, es decir, ante el JUZGADO PRIMERO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, MERCANTIL Y DEL TRANSITO DE LA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL DEL DISTRITO FEDERAL Y ESTADO MIRANDA.

Cualquiera de los árbitros, queda autorizado para efectuar la participación de la promulgación del presente Laudo al Tribunal que debe conocer de su ejecución, así como para consignar el expediente arbitral y sus anexos ante dicho órgano judicial.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho del Tribunal Arbitral, en Caracas, a los once (11) días del mes de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

ARBITRO - PONENTE
JOSE MUCI-ABRAHAM

ARBITRO
ALFREDO MORLES HERNANDEZ

ARBITRO SUSTANCIADOR
LUIS ALBERTO SANCHEZ

LA SECRETARIA

VOTO SALVADO

El árbitro LUIS ALBERTO SANCHEZ M., disiente del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora en el presente Laudo y por lo tanto, salva su voto en los siguientes términos:

En el Capítulo VI, Punto XI del Laudo, se lee lo siguiente: "...los árbitros han verificado la existencia y cuantía de los costos financieros reclamados, con resultados totalmente coincidentes con las conclusiones de la experticia (Pág. 14, ordinal 2° del Informe pericial) promovida por "MAPLATEX"..."

Y luego: "El informe del experto fue preparado con base a los Libros Principales y Auxiliares de "MAPLATEX" y sobre los comprobantes y elementos de su contabilidad... En razón de lo anterior, a la experticia practicada sobre los Libros de Comercio de "MAPLATEX", y sobre sus comprobantes y elementos de su contabilidad, debe concedérsele pleno valor probatorio, como en efecto se lo reconoce el Tribunal Arbitral".

Seguidamente el Laudo pronuncia la condena en los siguientes términos: "En virtud y por mérito de todo lo anteriormente expuesto sobre la reclamación formulada por "MAPLATEX" a "CADAFE", por costos financieros, el Tribunal Arbitral condena a "CADAFE" a pagarle a "MAPLATEX" las siguientes cantidades: 1.- La cantidad de Cuatrocientos Setenta y Ocho Millones Trescientos Noventa y Siete Mil Doscientos Cincuenta Bolívares (Bs. 478.397.250, c.), a lo cual ascienden -según el dictamen pericial- los costos financieros incurridos por "MAPLATEX" al 31 de Octubre de 1992..."

En consecuencia, el dispositivo del Laudo en este punto, condena a "CADAFE" a pagar por concepto de costos financieros, el monto que se registra en la contabilidad de "MAPLATEX". Se considera como única prueba un informe pericial practicado sobre los Libros Principales y Auxiliares de "MAPLATEX" y sobre los comprobantes y elementos de su contabilidad, y con esta única base se pronuncia la condena.

En la página 14, ordinal 2° del Informe Pericial mencionado en el Laudo, se lee: "2) En la contabilidad de "MAPLATEX" figura registrado formando parte del monto de la cuenta por cobrar a "CADAFE" ... y al 31 de octubre de 1992, la

cantidad de Cuatrocientos Setenta y Ocho Millones Trescientos Noventa y Siete Mil Doscientos Cincuenta Bolívares (Bs. 478.397.250,00) que la parte promovente ha calificado como parte o porción de Costos Financieros que corresponden a la deuda mantenida por “CADAPE” para con “MAPLATEX” en cada una de las fechas mencionadas en 8.4, en relación a los contratos también mencionados en 8.4.”.

No existe una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba de experticia, por lo que “...el Juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica.”, conforme lo dispone el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil. Es más, el artículo 1.427 del Código Civil, dispone: “Los Jueces no están obligados a seguir el dictamen de los expertos, si su convicción se opone a ello”.

El artículo 38 del Código de Comercio, dispone: “Los libros llevados con arreglo a los artículos anteriores podrán hacer prueba entre comerciantes por hechos de comercio...”. Al utilizar el término “podrán”, faculta a los Jueces para valorarla y no los obliga a ello.

En síntesis, tratándose de una prueba de experticia sobre Libros de Comercio, las disposiciones antes enunciadas facultan al Juez para apreciar la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica, debiendo rechazar el dictamen pericial, si su convicción se opone a ello.

Ahora bien, en el presente caso, una de las partes registra en su contabilidad, los elementos que han sido servir de base para que los Arbitros acuerden el monto del resarcimiento que corresponde a una indemnización por concepto de daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual. Tales asientos en los Libros de Comercio son opuestos a la contraparte y la mayoría sentenciadora les concede pleno valor probatorio.

El árbitro disidente discrepa del criterio mayoritario, por considerar que “...no es lícito a nadie crearse un título o medio de prueba en provecho propio...” (FRANCISCO RICCI. “Tratado de las Pruebas, Tomo 1. Pág. 328). Además, considera que la mencionada prueba no es convincente, por los motivos que sintetiza a continuación:

1) El informe pericial no discrimina los diferentes elementos que van a conformar el denominado COSTO FINANCIERO. No es precisa en qué forma y bajo qué método es calculado este costo financiero, hasta el extremo de que factores fundamentales como lo son el período de capitalización y la tasa promedio ponderada que en cada lapso se utiliza, se encuentran indeterminadas. A mi entender es función indelegable de los árbitros fijar tales elementos de cálculo, muy especialmente el período de capitalización de los intereses, pues es muy distinto computarlos sobre saldos diarios, que capitalizarlos semanal, mensual, trimestral o anualmente, o no capitalizarlos nunca, en razón de constituir anatocismo.

Tales criterios y factores de cálculo, no pueden quedar a juicio de los peritos, pues ello les permitiría apreciar los extremos de la responsabilidad civil contractual y los convertiría en Jueces. Es más, en este caso se llega al extremo de aceptar los criterios y las fórmulas que una de las partes registra en su contabilidad, sin describirla en la motivación del informe pericial, como es de rigor a los fines de su valoración.

Una experticia que se limita a constatar la razonabilidad de los asientos contables, sin expresar los criterios utilizados, no puede constituir elemento de convicción suficiente para la determinación de daños y perjuicios.

En fin, en concepto del Arbitro disidente, una experticia en los Libros de Contabilidad de la parte reclamante, que afirma que el costo financiero registrado en Libros de Comercio "...fue determinado calculando el porcentaje que representaban las cuentas por cobrar de "MAPLATEX" a "CADAPE" del total de obligaciones bancarias mantenidas por la primera a los dos (2) meses siguientes...", arrebata a los Arbitros sus facultades indelegables, especialmente porque éstos quedan imposibilitados de apreciar el nexo de causalidad y si los daños y perjuicios son o no consecuencia directa e inmediata del incumplimiento de la obligación, como lo exige el artículo 1.275 del Código Civil.

2) El informe pericial considera razonable que las valuaciones o facturaciones por ajustes de precio sean registrados en la contabilidad de "MAPLATEX", como cuenta por cobrar a "CADAPE", antes de la suscripción de los Anexos a los respectivos contratos en los que ambas partes acuerdan aumentar los precios unitarios de los contadores de electricidad a ser suministrados.

En efecto, consta de los documentos consignados en autos, que en fecha 23 de septiembre de 1988, las partes suscribieron el Anexo "A" al contrato N° 86-0482-5029 y en fecha 2 de septiembre de 1991, suscribieron el Anexo "A" al contrato N° 90-0203-5029, por el que se conviene en aumentar el precio unitario de los mencionados contadores, actualizando el precio de los mismos y originando una diferencia de precio que "CADAFE" conviene en cancelar a "MAPLATEX".

Sin embargo, el informe pericial, en su anexo "D", determina que "MAPLATEX" comenzó a registrar en su contabilidad, como cuenta por cobrar a "CADAFE", las valuaciones por diferencias de precio, a partir del mes de marzo de 1987, en lo que respecta al contrato N° 86-0482-5029 y a partir del mes de marzo de 1990, en lo que respecta al contrato N° 90-0203-5029 (Anexo "E").

Comoquiera que los costos financieros registrados en la contabilidad de "MAPLATEX" con cargo a "CADAFE", son proporcionales o un porcentaje sobre las cuentas por cobrar a "CADAFE" que aparecen contabilizadas, entonces resulta que los montos por diferencias de precios comenzaron a producir costo financiero, antes de la firma de los anexos contractuales que legalizaban dichos aumentos de precios.

En consecuencia, el informe pericial que según el Laudo constituye plena prueba, determina como obligaciones de "CADAFE" en estado de mora, los montos facturados por "MAPLATEX" por diferencias de precios (AJUSTES), desde marzo de 1987, hasta septiembre de 1988, fecha esta en que "CADAFE" se comprometió a pagar dichos ajustes correspondientes al contrato 86-0482-5029. Asimismo dicho informe, determina como obligaciones en mora, las facturaciones desde marzo de 1990 hasta septiembre de 1991, fecha esta en que "CADAFE" aceptó y se comprometió a pagar los ajustes correspondientes al contrato N° 90-0203-5029.

En realidad, antes de firmarse los anexos contractuales correspondientes, las facturaciones por diferencias de precios no eran obligaciones líquidas. En el contrato original, la liquidez se obtiene multiplicando el número de contadores por el precio unitario establecido. En lo referente a los ajustes o diferencias de precios, el monto de las facturaciones no podía establecerse válidamente, hasta que no acordasen los precios unitarios que figuran en los anexos a los contratos.

Hasta que no se firmasen los anexos; no había incrementos de precios unitarios y por tanto las diferencias o ajustes no podían originar obligaciones líquidas, mucho menos exigibles y menos aún obligaciones morosas.

El informe pericial acepta que las diferencias de precios facturadas antes de suscribir los anexos, comiencen a producir costos financieros, sin ser obligaciones en estado de mora. Ello equivale a considerar producido el daño sin existir el incumplimiento. Al concederle valor de plena prueba al mencionado informe, el Laudo acuerda el resarcimiento independientemente de la mora.

Admitir la facturación anticipada de las variaciones o ajustes de precios, además de ser contrario a derecho, contribuye al desquiciamiento del esquema contractual diseñado por los entes públicos para seguridad de sus contrataciones, el cual establece como regla general el principio de que los contratos tienen precios invariables y que no pueden reconocerse aumentos mayores del 15% del monto original.

Por tales razones, el árbitro disidente considera que el informe pericial en referencia, no puede servir de fundamento para pronunciar una condenatoria contra "CADAFE".

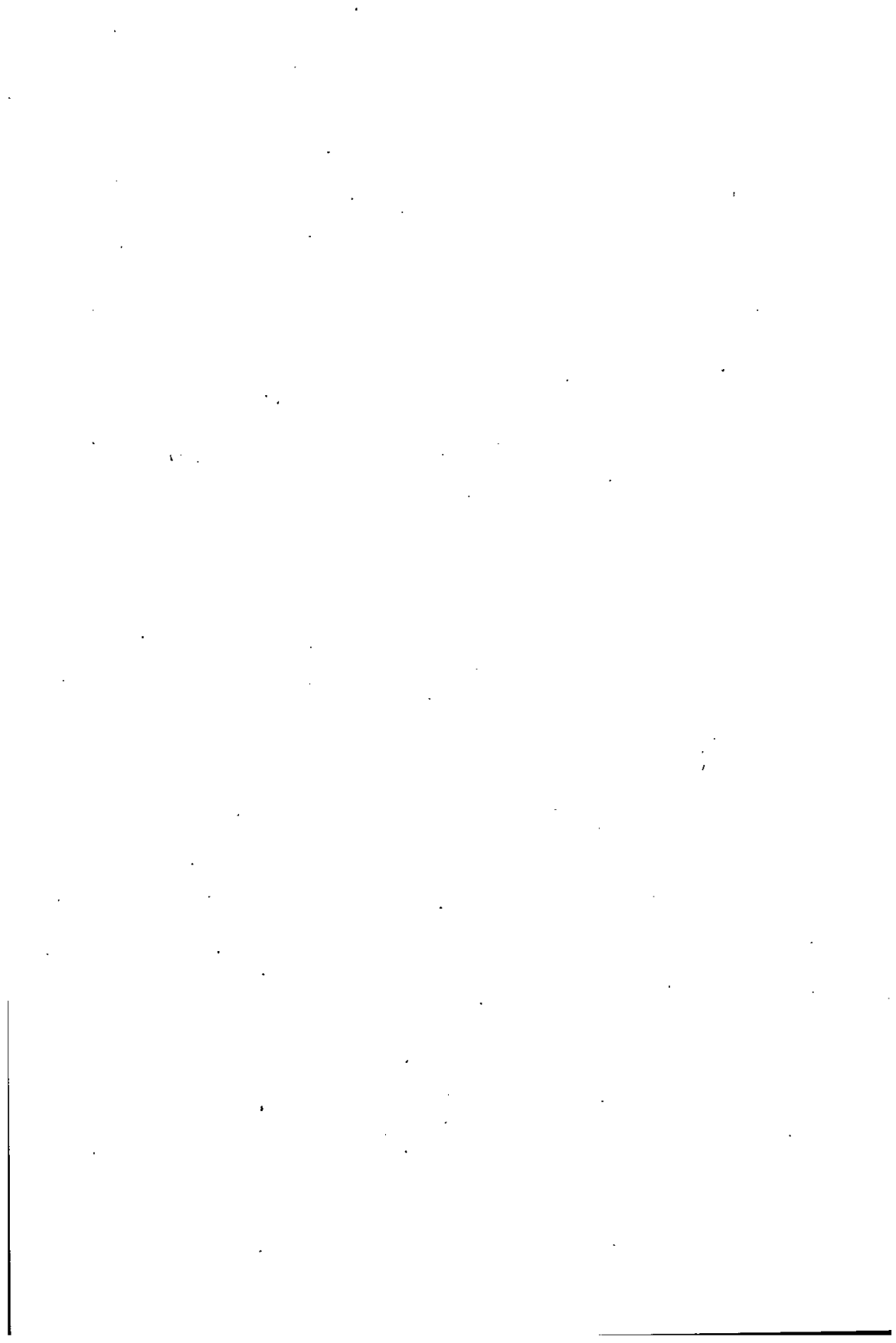
Queda así expuesto el criterio del Arbitro disidente. Fecha **ut-retro**.

ARBITRO SUSTANCIADOR-DISIDENTE
LUIS ALBERTO SANCHEZ

ARBITRO- PONENTE
JOSE MUCI-ABRAHAM

ARBITRO
ALFREDO MORLES HERNANDEZ

LA SECRETARIA



Colaboraciones Internacionales



El ayuntamiento: institución de España en América

Eusebio Leal Spengler
Historiador de la ciudad de La Habana

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Nº 87
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1993

(Ponencia presentada al XXI Congreso Iberoamericano de Municipios, Valladolid, España, 1992).

El Consejo que llegó a América con la colonización española de nuestro continente tuvo por base jurídica la Real Cédula de Carlos V que vio la luz en esta ciudad de Valladolid el 26 de junio de 1523; en una de sus partes establece: "(...) si no se hubiera capitulado con los adelantados de nuevos descubrimientos y poblaciones que puedan nombrar Justicia y Regimiento, hagan elección de Regidores los vecinos."

Corresponden las primicias a la institución municipal en Iberoamérica a la isla que, situada al oriente de Cuba, recibió por nombre el del padre del Descubridor -Doménico- de ahí que al conmemorarse el V centenario del viaje del Almirante de la mar oceana, nuestras miradas se vuelvan a Santo domingo donde fueron plantados, en las postrimerías del siglo XV, los primeros ayuntamientos.

Con justeza define el **Diccionario Enciclopédico Hispanoamericano**, en su edición de 1887, entre otras citas, algunas clásicas, que acentúa la antigüedad en las expresiones cultas de Castilla, estableciendo asimismo el uso que para distintas circunstancias se daban al término, y dice: "(...) No tuvo esta sola significación en el Derecho español la palabra ayuntamiento, ni se la aplicó siempre para designar la corporación establecida para atender y fomentar los intereses locales de los pueblos. Se la usó, en general, para expresar el acto de asociarse o reunirse, de ayuntarse o congregarse para la realización de cualquier fin (...)" refiriendo líneas adelante que abarca hoy a los cuerpos concejiles que en tiempos pretéritos llamáronse: "(...) curias, coctus, conventus, senatus,

concilium, cabildo, concejo, regimiento consistorio, cuerpo municipal y otras (...)”.

Mas, como el hecho precede al derecho, se anticiparon los españoles en América, por propia y secular costumbre y por hallar paz y justicia en los asentamientos, a hacer cabildos.

Porque no fue hasta las ordenanzas de poblaciones, contenidas en la Real Cédula expedida en Madrid el 28 de octubre de 1573 que se precisen en detalle los temas para el buen gobierno, estableciendo quiénes ejercerían *in solidum* las potestades y sus jurisdicciones, planteándose igualmente las cualidades morales y los conocimientos indispensables que debían tener en consideración al designarse alcaldes ordinarios “(...) lo cual debía recaer en personas honradas, hábiles y suficientes.” Anticipación con que la Corona trata de vedar los encargos públicos y las dignidades representativas civiles a personas incompetentes o foráneas, ni a los que hagan abuso de parentesco, en lo cual se detiene el legislador en minuciosos detalles, y, cual si fuere una misma voz, que con metales distintos se sucedían en el tiempo, se ordenará: “(...) a las justicias, cabildos y regimientos que no consientan ni den lugar que en las elecciones de oficios se elijan ni nombren padres a hijos, ni hijos a padres, ni hermanos a hermanos, ni padres a hijos, ni hijos a padres, ni hermanos a hermanos, ni suegros a yernos, ni yernos a suegros, ni cuñados a cuñados, ni los casados con dos hermanas.” Lo cual nos hace lícito presuponer cuantas denuncias por nepotismo mortificarían al Consejo correspondiente del Rey, para obligar a que Felipe III suscribiese en Aranjuez, el 5 de mayo de 1603, tales advertencias, o las inmoralidades y excesos que llevaron a su ilustre predecesor a prohibir terminantemente que Alcalde y Regidores ejerciesen comercio de pan, carne, fruta y otros artículos destinados al consumo de la población o tener granja de labor o de ganadería. Todo lo cual escoge, para caracterizar los tiempos originarios del ayuntamiento allende el mar, en sus estudios y comentarios la profesora del Vas Mingo a la obra de Manuel José de Ayala, **Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias**. Y a esta urgencia de proveer en todo, atribuyen con razón, el debilitamiento que llevará en el tiempo a falsear o anular las instituciones democráticas.

Esta necesidad de argumentar, justificar, defender lo hecho, para bien o para mal, ha generado ese imponente legado documental hispanoamericano, que no

es otro que las actas capitulares de los ayuntamientos, donde están -salvo las que se perdieran por las contingencias imprevistas- las sesiones de los cabildos, contentivas de todo lo tratado, o al menos, aquello que era conveniente que quedase en acta. Tales papelerías en Lima, México, Santa Fe, Cartagena o La Habana constituyen la memoria social de las generaciones; para ellas, familias de escribanos y copistas trabajaron durante siglos asentando el acuerdo tomado *in situ* y las noticias sobresalientes que obligaban a poner en aviso a los vecinos sobre la paz o la guerra en el viejo Continente y que atraía, como bandadas de aves peregrinas, a nuestros mares, a las armadas, o a los corsarios y filibusteros que asolaron muchas de las villas y ciudades del Caribe.

A esto se atribuye, por ejemplo, el haberse perdido las actas de nuestro ayuntamiento anteriores a las elecciones capitulares de 1550, y es por ello que el Cabildo tiene memoria, mas no prueba fehaciente e indiscutible, del asiento definitivo de la villa de San Cristóbal de La Habana en la costa norte y junto al puerto de su mismo nombre, en el año de 1519, ya que su emplazamiento anterior, en la costa sur, del cual no ha quedado rastro monumental alguno, se corresponde con las fundaciones de los seis primeros ayuntamientos de Cuba a partir del Asiento otorgado por el Segundo Almirante y Virrey de Santo Domingo, D. Diego Colón al Adelantado Diego Velázquez de Cuéllar. Se fundaron sucesivamente desde 1511 con la primada de todas ellas, la villa de Nuestra Señora de la Asunción -erigida en un bellissimo lugar que los indígenas llamaban Baracoa-.

Fue precisamente en este augural y tormentoso siglo XVI en que quedaron redactadas nuestras ordenanzas municipales, suscritas el 14 de enero de 1574 y a solicitud del Cabildo habanero por el Oidor de la Audiencia de la Española, D. Alonso de Cáceres, en su carácter de Juez visitador.

El, claro está, pudo apoyarse en la vigencia de lo establecido para legislar o modificar cualquier otra ordenanza precedente, concorde a la petición del Cabildo, pero que también imponía el deber de remitirlas como propuesta a su Majestad y al Real Consejo para su sanción definitiva; este documento sólo fue aprobado 67 años después, aplicándose en abril de 1641, y aprobado por la Corona el 27 de mayo del año anterior.

Consideradas hasta hoy como un modelo, las formulaciones de Alonso de Cáceres sirvieron de base jurídica para los municipios cubanos, a partir de que

fueron promulgadas también como válidas para las villas de Baracoa, San Salvador de Bayamo, Santiago de Cuba, Santa María del Puerto Príncipe, la Santísima Trinidad y Sancti Spiritus. Salvo en aquellos artículos que tipificaban las circunstancias propias de La Habana.

Son en total ochenta y ocho artículos, entre los cuales, necesariamente se señalan los deberes y derechos, multas y castigos, de los poseedores de encomiendas de indios y de negros esclavos africanos -tema al cual dedica catorce-. Es curioso observar que en uno de sus preceptos se garantice la inviolabilidad del domicilio, en otro la elección de un procurador de la villa que guarde y vigile lo que sea menester al bien público. Sorprende la nitidez con que queda establecida la consulta a la comunidad -Cabildo abierto- ante casos graves en que se requiere la aprobación o el criterio de los vecinos, dándole el carácter que el "referéndum" tuvo en la legislación romana y anticipando en principio de Derecho Público, que como vemos aparece vigente ya en los ayuntamientos insulares del siglo XVI.

Y algo que nos llama poderosamente la atención: los alcaldes no podían ser electos nuevamente sino después que pasaran 3 años de su último mandato. Alguien escribió: "(...) la centralización administrativa que se advierte en estas Ordenanzas es la característica del absolutismo de los Austria, pero su contenido en general representa un avance considerable bajo el cielo oscuro de una época llena de opresión e injusticia (...) " a lo cual me permito oponer que el decálogo que tuvo validez como experiencia conocida, desde 1574 y con vigencia legal desde 1640 hasta 1859, es un monumento al Derecho Municipal Indiano Americano, aprobado en los días en que languidecía la privanza del Conde Duque de Olivares, en los años cruciales que marcaron la separación de Portugal, la enconada crisis en Cataluña, exhausta Castilla por el sostenimiento de la guerra en los Países Bajos y en una hora crítica de las relaciones diplomáticas y políticas de la Corona en la Europa.

Era, sin embargo, paradójicamente, el instante en que cristalizaba al otro lado del mundo la nueva identidad del Continente que le daba sentido al título más absoluto de los Reyes, el serlo de las Españas.

Comienza pues una etapa de consolidación institucional, donde es menester observar también las primicias y los antecedentes de un proceso donde lo

original y lo autóctono pugna con la necrosis burocrática. Raro será el caso en que aparezca en este teatro de la realidad, figuras que se asemejen a los protagonistas del noble drama Lope de Vega, D. Pedro Crespo y D. López de Figueroa, como si estas fantasmagorías de la historia, exaltadas luego nuevamente por Calderón de la Barca, al promover el ejemplo del **Alcalde de Zalamea**, tuviese poco que hacer en el retablo tropical donde se asientan las ciudades de Cuba.

Se crearán perpetuas y vitalicias las regidurías, nacerán como una necesidad de la oligarquía asentista que ansía poseer asiento propio en las Salas Capitulares, herederas de los grandes privilegios que en días pasados los Cabildos dispensaron, con el uso y abuso, de sus prerrogativas en la distribución de la tierra, en la inmensa jurisdicción de su competencia, que en occidente llegaban a los confines de la otrora llamada Vuelta Abajo y hacia el naciente en las demarcaciones de los Cabildos trinitarios o espirituanos.

Así, por juro de heredad, ingresó como Regidor Perpetuo mi predecesor, el primer Cronista e Historiador de la ciudad de La Habana, José Martín Félix de Arrate, autor de la obra epónima *Llave del Nuevo Mundo*, título que aludía uno de los atributos de la noble y fidelísima ciudad de La Habana.

Cuando el 21 de junio de 1812 fue jurada en la isla de Cuba la Constitución española, expira un período donde han quedado delineados los aspectos históricos, sociológicos y políticos, que al decir del eminente erudito municipalista cubano, doctor Carrera y Justiz, podríamos considerar como de cristalización de nuestras instituciones y señala "(...) viene luego un lapso desde 1812 hasta 1878 que comprende los municipios cubanos, primero bajo la Constitución de 1812 y después, derogada ésta, bajo las Ordenanzas de Cáceres, nuevamente, y las de 1859, siempre muy influidas por la misma Constitución y por las fluctuaciones políticas de España; período caracterizado como transitorio desde la vieja autocracia a la moderna municipalidad".

Refiriéndose con claridad a la implantación de las tituladas Ordenanzas de Concha*, como complementación de otras instrucciones contenidas en los

* Dadas por el Capitán General Gutiérrez de la Concha, Marqués de La Habana.

“bandos de buen gobierno” de sucesivos gobernadores inspiradas en la creciente preocupación por la sujeción de la Isla y al calor de la corriente autoritaria y absolutista, entonces imperante, que amenazaba con ahogar los fueros y libertades de los pueblos de España.

Las naturales consecuencias provocadas por la guerra de Cuba, que estalló el 10 de octubre de 1868 y de la cual fue protagonista principal el letrado Carlos Manuel de Céspedes y del Castillo, no tardarían en influir resueltamente en el cambio que los dramáticos sucesos imprimirían a los ayuntamientos tradicionales, enmarcados en los territorios insurreccionados desde las villas, en el centro del país, hasta las agrestes serranías de oriente. El acto de constituir un nuevo gobierno municipal en la ciudad de Bayamo, rendida a las armas revolucionarias el 20 de octubre de 1868, y que entre sus primeros acuerdos tomó el de declarar abolida la esclavitud africana firmado el 27 de diciembre de 1868, señala un viraje en la historia.

La preocupación expresada por los libertadores cubanos en que este Cabildo fuese integrado por cubanos y peninsulares, e incluyese, la presencia de hombres de la raza negra, es sin lugar a dudas una ruptura y al mismo tiempo un acto de continuidad en la voluntad de reconocer, en la institución local, la fórmula básica que, después de la familia, sustenta el orden de la sociedad de raíz latina, a la que a esta altura de la historia fluyen como manantiales naturales la tradición visigoda y musulmana que nos vino también con la sangre española, el concepto apretado y hermético de la comunidad hebrea en su tránsito sigiloso a América, y la propia cultura indígena en cuyas altas civilizaciones más desarrolladas, en el momento de la coalición de las culturas del nuevo y el viejo mundo, eran depositarias de una admirable intuición de los derechos y deberes en cuanto al uso del suelo, los asentamientos humanos y su buen gobierno.

Asombro causó a los recién llegados la pulcritud urbana, el orden y concierto de los mercados, el empadronamiento de las gentes, entre otros rasgos de la civilización de los pueblos antiguos de América.

Aún hoy he visto llegar al Cuzco, capital del Incanato, la legendaria ciudad del milenario Perú, a los **barollock**, portando como símbolo de su dignidad y deberes, la gran vara anillada de plata, con su punta de fierro, como una barrena

para clávarse en las peñas de los caminos de montaña, son los representantes electos de las comunidades, los herederos de un principio y de una responsabilidad irrenunciable.

Fue el Real Decreto de 21 de junio de 1878 el que puso en vigor en Cuba, apenas concluida la llamada Paz de Zanjón, la Ley Orgánica Municipal Española de 2 de octubre de 1877 que permanecería vigente hasta el 1º de enero de 1899, día en que se extingue la soberanía de España sobre la isla de Cuba, luego de la fatal intervención norteamericana en la guerra que por la independencia nacional habían reiniciado los cubanos el 24 de febrero de 1895.

Resulta imperdonable el que al recordar aquella gesta que abrazó por igual a cubanos y españoles, omita que al concluir la marcha de la invasión hasta Pinar del Río, el Lugarteniente General del Ejército Libertador, Antonio Maceo, suscribiese el acta que daba por cumplido su titánico empeño en una sesión solemne del Ayuntamiento de Mantua el 12 de enero de 1896; una vez más los libertadores se acogían al amparo de la institución histórica para refrendar en ella y ante ella lo que consideraron un deber cumplido.

Es verdad que como en los retorcidos olivos o en los robles centenarios es indispensable la poda, que retira las ramas muertas y hace fluir la sabia vital a los sarmientos, el ayuntamiento requiere también esa fuerza de renovación que tomando la esencia indeclinable de la ley y de la tradición, que son fuentes de la historia, devuelva al pueblo, a los vecinos, a los ciudadanos, el derecho de elegir a los mejores en esta antigua vocación de servicio, de consagración que es en el ideal, ajeno al lucro, a la pereza, a la holgazanería; que exige templanza, prudencia, buen juicio, firmeza y lealtad. Entonces podemos suscribir la jubilosa exclamación de José Martí, cuando dijo: "Esa es la raíz y esa es la sal de la libertad: el Municipio."

BIBLIOGRAFIA

AYALA, Manuel Josef de. **Diccionario de gobierno y legislación de Indias**, Madrid, Edic. de Cultura-Hispánica, 1988. T. II.

CARRERA JUSTIZ, Francisco. **Introducción a las historias de las instituciones locales de Cuba**. La Habana, Lib. e Imp. "La Moderna Poesía", 1905. T. I y II.

CALDERON DE LA BARCA, Pedro. **El Alcalde de Zalamea**. 2ª Ed. Ilus. Zaragoza, Edit. Ebro/c. 1946/.

Diccionario enciclopédico hispano-americano de literatura, ciencias y arte. Barcelona, Montaner y Simón, 1887-88. t. II y IV.

NAVA OTEO, Guadalupe. **Cabildos y ayuntamientos de la Nueva España en 1808**. México D.F. Edit. SepSetentas, 1973.

LUGO-VIÑA, Ruy de. **La intermunicipalidad universal**. La Habana, Municipio de La Habana, 1938.

UNIVERSIDAD DE LA HABANA. **El municipio en Cuba y América, facetas de su vida**. La Habana, 1948.

Flexibilización: ¿desregulación o adaptación del Derecho del Trabajo?

Juan Raso Delgue
Profesor de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad
de la República (Uruguay)

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 87
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1993



SUMARIO

I. Introducción.- II. Dificultades para una conceptualización de la flexibilidad.- III. Las fuentes.- IV. Las expresiones de la flexibilidad.- V. La flexibilidad encubierta.- VI. Flexibilidad y contexto laboral contemporáneo.- VII. Derecho del Trabajo: los cambios y lo permanente, VIII. ¿Hacia la desregulación o la adaptación del Derecho del Trabajo?

I. INTRODUCCION

El tema de la flexibilidad ha marcado especialmente el debate laboral en los últimos cinco años. La cuestión no es nueva y ya se había planteado en oportunidad de las diversas políticas europeas de concertación y del naciente neoliberalismo de los países anglosajones. Pero es a partir de 1985 que congresos, seminarios, publicaciones especializadas, encuentros técnicos entre los interlocutores sociales hacen permanente referencia a la cuestión de la flexibilidad, que bajo diversas formas es impulsada por las políticas económicas de la mayor parte de los países.

Este debate está generalmente cargado de dogmatismo y en él se radicaliza un verdadero disenso ideológico. Es, en general, un debate en blanco y negro en el que todos los bienes o todos los males del futuro del Derecho Laboral se atribuyen a la flexibilidad. Por un lado, están quienes consideran que no es posible modernizar las economías y enfrentar los desafíos del sistema productivo del futuro sin quitar las rigideces que atribuyen al Derecho del Trabajo; por otro lado, los defensores de la protección laboral afirman que estamos asistiendo a un ataque frontal a la disciplina jurídica y los que tratan de justificar la

flexibilidad, lo hacen con argumentos similares a los que se expresaban a comienzo del siglo, ante el avance de las normas protectoras del trabajo. Como indica Bronstein, la "flexibilidad es para algunos una idea moderna y seductora que inspira simpatías, mientras que para otros es un caballo de Troya, cuyo interior encierra peligros susceptibles de amenazar la solidez de un edificio jurídico cuya consolidación hasta hace poco tiempo parecía un hecho irreversible"¹.

Es además un tema que provoca alta conflictividad social, porque flexibilizar significa quitar garantías laborales y en definitiva existe la idea generalizada que esa pérdida de garantías provoca a la larga desocupación y colectiviza un estado social de inseguridad.

De todos modos y más allá del debate de mérito sobre la "flexibilidad", ésta constituye una realidad que va introduciéndose en mayor o menor medida en los sistemas de relaciones laborales de todos los países. Como acertadamente señala Plá Rodríguez, en un excelente y meditado estudio sobre el tema, "el debate de fondo - ¿hay que flexibilizar o no? - ha sido reemplazado por un debate pragmático: ¿cómo flexibilizar? Este cambio de planteo supone ya un triunfo de la tendencia flexibilizadora y una capitulación de la posición opuesta"².

Por otra parte, el debate ideológico al que nos referíamos sufrirá evidentemente el influjo de los acontecimientos de agosto de 1991 en el mundo comunista, que probablemente han determinado el final histórico aunque no cronológico, del siglo XX: los datos emergentes de la realidad parecen indicar que inicia una nueva época en la que el capitalismo y la burguesía han triunfado, sus sistemas económicos ya no tienen competencia, sus organizaciones políticas ya no tienen opositores³.

¹ BRONSTEIN A. S., "La flexibilidad del trabajo en los países industrializados: perfiles de un debate", en rev. *Derecho Laboral*, N° 153, Montevideo, 1989, p. 3.

² PLA RODRIGUEZ, A., "Un enfoque sobre la flexibilización", en rev. *Derecho Laboral*, N° 155, Montevideo 1989, p. 437.

³ ROMAGNOLI, U. vaticinaba esta situación en su intervención sobre *La efectividad del Derecho del Trabajo*, en las Primeras Jornadas Chileno Italianas de Derecho del Trabajo, Santiago de Chile, noviembre de 1990.

En este contexto ideológico es difícil armar una discusión científica o, cuanto menos, racional. Plá Rodríguez señala precisamente que aunque es difícil ser neutral ante este tema, debe examinárselo "con la máxima serenidad y objetividad"⁴.

Admitida esta realidad, cargada de maniqueísmo⁵ e influida intensamente por los cambios políticos, se plantea para el juslaboralista lo que Javallier llama un desafío normativo. En el alba del siglo XXI -expresa el profesor francés- cualquiera sea el país, el ordenamiento jurídico o el sistema de relaciones laborales, el proceso de flexibilidad impone una profunda reflexión sobre los fundamentos y finalidades del Derecho del Trabajo. Es necesario un debate amplio y riguroso, al que cada uno debe aportar su análisis y su respuesta, pero en el que ciertos principios deben subsistir, en especial el que da fundamento a la acción de la OIT: el trabajo no es una mercancía⁶.

II. DIFICULTADES PARA UNA CONCEPTUALIZACION DE LA FLEXIBILIDAD

Antes de seguir el debate que nos ocupa y a riesgo de ser tediosos, consideramos útil resumir algunas ideas básicas que caracterizan la llamada flexibilidad laboral.

No existe un concepto acabado de la misma y su significación puede diferir según modelos de relaciones industriales y países. Como recuerda Sagardoy Bengoechea, el Director General de la OIT en la Memoria de la 72 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1986) expresó que "no hay una definición aceptada de la palabra **flexibilidad**, agregando que entre sus diversos aspectos cabe citar la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, la flexibilidad de los costos de mano de obra (incluidas la flexibilidad de los salarios cuando cambia la situación económica y la flexibilidad de las diferencias de salarios entre sectores y ocupaciones), la flexibilidad en la gestión de los recursos humanos en cada empresa (que comprende todo lo relacionado con la contratación de

⁴ PLA RODRIGUEZ, A., *ob. cit.*, p. 431.

⁵ BRONSTEIN, A. S., *ob. cit.*, p. 3.

⁶ JAVILLIER, J. C., "Ordenamiento jurídico, relaciones profesionales y flexibilidad. Enfoques comparativos e internacionales", en *rev. Trabajo y Seguridad Social*, año 1987, N° 1, Buenos Aires, p. 17.

personal, ciertos aspectos de la supresión de puestos y las condiciones que procede asignar al trabajo temporero y al trabajo con contratos de duración limitada), la organización del tiempo de trabajo en el sentido más amplio de este concepto y el tamaño mínimo de las empresas a las que deban aplicarse diversas disposiciones de la legislación social y fiscal”⁷.

Para Hoyos, flexibilidad es “la posibilidad de la empresa de contar con mecanismos jurídicos que le permitan ajustar su producción, empleo y condiciones de trabajo ante fluctuaciones rápidas y continuas del sistema económico (demanda efectiva y diversificación de la misma, tasa de cambio, intereses bancarios, competencia internacional), las innovaciones tecnológicas y otros factores que demandan ajustes con celeridad”⁸. A una conceptualización similar arriba Romagnoli, utilizando una imagen muy colorida: la flexibilidad es una surtida caja de herramientas que se le entrega al empresario para enfrentar las nuevas realidades. El empresario dispondrá de un número de herramientas mayor del que disponía hace una década para poder ajustar el trabajo a las necesidades de su producción⁹.

En términos más formales, Antunes Furtado define la flexibilidad del mercado de trabajo como el conjunto de reformas que tienden a ajustar la cantidad, calidad y precio del factor de producción “trabajo” a las conveniencias del sistema productivo¹⁰. Interesa la definición del jurista brasileño en cuanto pone el acento sobre la importancia que la idea de “mercado” tiene en el sistema de relaciones laborales: Galiana Moreno señala precisamente que así como la crisis del treinta llevó al fortalecimiento del pensamiento intervencionista y a la idea del Estado interventor, hoy asistimos a la expansión de un pensamiento “promercado” que invade el campo laboral y se transmite al ordenamiento regulador de sus relaciones: a la idea de **Estado interventor**, se sustituye la de **Estado mínimo**, no intervencionista, de corte neoliberal¹¹.

⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “Flexibilidad laboral. El caso de España”, en *Revista del Trabajo*, N° 83, Vol. III, Madrid 1986, p. 9.

⁸ HOYOS, A., “La flexibilidad del Derecho Laboral tradicional: tendencias internacionales recientes, en *Actualidad Laboral*, mayo/junio 1987, p. 12.

⁹ ROMAGNOLI, U. en *Primeras Jornadas ... cit.*, también recordado por Plá Rodríguez, *ob. cit.* p. 435.

¹⁰ ANTUNES FURTADO, S., *Crisis económica e flexibilização do mercado de trabalho*, en revista LTr, Vol. 51, n° 9, San Pablo 1987, p. 1067.

¹¹ GALIANA MORENO, J.M., *Orden económico y ordenamiento laboral* (Consideraciones sobre la flexibilización del mercado de trabajo), Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1984, p. 13.

En otro enfoque, la flexibilidad más que un concepto con contenido propio aparece como una reacción contra el ipergarantismo, que muchos autores atribuyen al Derecho del Trabajo. La normativa laboral en su afán de proteger, ha congelado con excesivas rigideces la relación de trabajo, asfixiando en definitiva las fuentes de empleo, que pretende proteger. Ya Giugni en un debate de 1987 en Buenos Aires expresaba: "Di garantismo si può pure morire". En tal sentido Bronstein afirma que "la flexibilidad, antes que un concepto formulado en términos afirmativos es una reacción con respecto a alguna institución, alguna práctica del mercado de trabajo que se supone rígida... Los planeamientos sobre flexibilidad nos dicen que en el Derecho del Trabajo hay demasiada protección y poca libertad" ¹².

En nuestro Derecho, Ameglio expresa que más que un concepto de flexibilidad, es posible describir una idea, que en su esencia se traduce en "la desregulación de la normativa laboral" ¹³.

Por nuestra parte, esbozaremos una conceptualización, que de alguna manera adelanta ideas que expresaremos en este trabajo. Por flexibilidad laboral entenderemos la tendencia generalizada de modificar por vía autónoma o heterónoma las reglas jurídicas de la prestación de trabajo, alterando los niveles de protección preexistentes del trabajador, con la finalidad de ajustar el factor trabajo a las nuevas exigencias del sistema de producción.

III. LAS FUENTES

Decíamos que la flexibilidad es una tendencia, un movimiento, un impulso generalizado dirigido a alterar la concepción clásica del Derecho del Trabajo. Se ha hablado con expresión gráfica de "vientos flexibilizadores" precisamente porque no es posible hablar de una flexibilidad única. La policromía de la flexibilidad deriva en gran parte de la diversidad de fuentes que la originan y sobre cuya diferenciación (y valoración) se ha pasado muchas veces por alto.

¹² BRONSTEIN, A. S., *La flexibilidad del trabajo: panorama general*, Ginebra, octubre de 1989, pp. 3 y 5.

¹³ AMEGLIO, E. J., "La flexibilidad: sus diversas manifestaciones en la normativa laboral del Uruguay", en *La flexibilización del trabajo. Un estudio internacional* (obra colectiva), Barquisimeto (Venezuela) 1990, p. 58.

Indicaremos a continuación las diversas fuentes que operan en la flexibilidad del sistema de relaciones laborales.

1. Las normas internacionales

Las cláusulas de flexibilización de los Convenios Internacionales del Trabajo han ido adquiriendo cada vez mayor relevancia en la década de los '80. Primero por el impulso de los países del bloque comunista y luego a iniciativa de los países capitalistas y del grupo de los empleadores, son cada vez más abundantes las cláusulas que permiten a los miembros que ratifiquen un convenio, ajustar sus normas con amplia flexibilidad a las condiciones geográficas, étnicas, laborales del país en cuestión.

Ya Válticos alteraba en 1982 sobre la tendencia a introducir cláusulas de flexibilidad en los Convenios, para facilitar su aprobación y posterior ratificación, y por lo tanto su adaptación a las realidades de las diversas partes del mundo¹⁴.

Bronstein, por su parte, recuerda que en varias oportunidades (1976, 1977, 1985, 1986, 1987 y 1989) el Consejo de Administración de la OIT examinó la posibilidad de incluir el tema del trabajo a tiempo parcial (una de las principales formas de flexibilizar en los países industrializados) en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo¹⁵.

2. La Ley

Son numerosos los ejemplos en los países industrializados de normas de origen étático que han contribuido al proceso de flexibilización. Esas normas han sido dictadas en general con la finalidad de contener la inflación y reducir el desempleo: si el primer objetivo se alcanzó en diversos casos, no existen datos que permitan asegurar que la flexibilidad redujo la desocupación.

Las normas estatales pueden ser fruto de procesos de concertación (ej., Italia, España) donde el Estado busca el consenso de los interlocutores sociales como

¹⁴ VÁLTICOS, N., "Internacional Labour Law", en la obra *Comparative Labour Law and Industrial Relations*, dirigida por Blanpain R., Amsterdam 1982, p. 51.

¹⁵ BRONSTEIN, A. S., *La flexibilidad del trabajo en los países ... cit.*, p. 25.

forma de respaldar las medidas que dicta; pero también pueden ser promulgadas sin tener en cuenta la opinión de los interlocutores, y en especial en contra de los intereses de las organizaciones sindicales: es, por ejemplo lo que ha sucedido en la Inglaterra de la señora Thatcher.

A través de la acción legislativa del Estado, en Inglaterra se derogaron leyes sobre los derechos al "salario equitativo", se denunció el Convenio Internacional del Trabajo N° 95 sobre la misma materia y a través de la Trade Union Act de 1984 se restringieron las libertades sindicales. En Francia y España se fomentó la contratación a plazo de los trabajadores, sin que la sucesión de contratos a plazo convierta la relación en permanente. En Italia se aprobaron contratos a plazo de aprendizaje y se modificaron las reglas de la finalización de la relación de trabajo, mientras que en Alemania se redujeron las protecciones contra el despido en las pequeñas empresas ¹⁶.

La intervención legislativa se centra fundamentalmente en la contratación por tiempo determinado y como señala Bronstein sus resultados pueden juzgarse por encuestas que muestran que en Francia dos tercios del total de los reclutamientos del año 1986 fueron por tiempo determinado y la proporción fue del 50% en la República Federal de Alemania y Suecia, mientras que en España una muy amplia mayoría de los nuevos empleos tienen carácter temporal ¹⁷.

En América Latina la intervención legislativa ha sido menos importante porque las normas no impiden la contratación atípica. De todos modos existen leyes vinculadas principalmente con la política de empleo (como el Programa Ocupacional de Emergencia (PROEM) en Perú, el FGTS en Brasil, la posible aprobación del Proyecto de Ley de Empleo en Argentina) y una amplia tolerancia de las agencias de contratación de mano de obra temporal.

3. El Convenio Colectivo

La negociación colectiva tiene especial relevancia como fuente de flexibilización. Como señala Pinto, en los modelos de sistema legislativo del

¹⁶ HOYOS, A., *ob. cit.*, p. 14.

¹⁷ BRONSTEIN, A.S., *La flexibilidad del trabajo en los países ... cit.*, p. 24.

Derecho Laboral (mayoría de países europeos y América Latina), se comprueba (con la flexibilización) una tendencia general a reducir el papel protector directo de la ley en favor de una mayor negociación colectiva ¹⁸.

Así como la fuente etática origina nuevas formas de contratación temporal, el convenio colectivo es la fuente típica de la flexibilidad salarial. Bronstein recuerda que la reducción convencional de los salarios comenzó con la llamada "negociación colectiva de concesiones" (*concession bargaining*), que empezó a conocerse en América del Norte, a fines de los '70, a partir de las negociaciones para evitar el cierre de la empresa Chrysler. Pero tal flexibilización no solamente opera sobre el *quantum* de los salarios, sino también sobre la estructura y el funcionamiento de los mecanismos de fijación ¹⁹. Es así que Estado y empresarios reclaman que la composición salarial tenga en cuenta factores diversos como la productividad, la eficiencia, los costos y la calidad del producto ²⁰ y es evidente que la negociación colectiva es la fuente reglamentaria que más se adapta a la nueva policromía salarial.

Javillier señala acertadamente que no existe un rol unívoco de la negociación colectiva, cuya concepción es el fruto jurídico de la historia social. Y subraya la diferencia profunda que existe entre la concepción transaccional de la "concession bargaining" (el sindicato trata de obtener las mejores condiciones posibles aceptando las contrapartidas requeridas por el empleador) y la concepción protectora (el convenio colectivo es un simple instrumento de mejoramiento normativo de la situación de los trabajadores, con ausencia de todo compromiso para el trabajador). El laboralista francés sostiene que se estaría produciendo un acercamiento entre los dos modelos y en lo que a nosotros interesa (país con modelo de concepción protectora), los sindicatos se ven enfrentados a presiones patronales, que en virtud del fuerte desempleo y una débil relación de fuerzas, implican a veces una verdadera "transacción" ²¹. En otras palabras, las mutaciones del sistema de relaciones laborales (a las que ya nos referimos) y los vientos de flexibilidad están empujando nuestro

¹⁸ PINTO, M., Resumen de la relación sobre Flexibilización del tiempo de trabajo, Congreso Europeo de Derecho del Trabajo, París, setiembre de 1989, p. 5.

¹⁹ BRONSTEIN, A. S., *La flexibilización del trabajo en los países ...*, pp. 9 y 10.

²⁰ *Diario El País* de 21-10-91, Montevideo, p. 1.

²¹ JAVILLIER, J.C., *ob. cit.*, p. 9.

tradicional modelo de negociación colectiva a la **concessin bargaining** de corte anglosajón: el sindicato, que antes sólo pedía mejoras, ahora es obligado a entrar en una lógica del "*do ut des*".

4. La jurisprudencia

La jurisprudencia puede ser fuente de flexibilización de los derechos del trabajador: fuente silenciosa, que opera en forma más desapercibida, pero que va modificando las reglas del juego en el sistema de relaciones laborales.

Como es notorio, en el proceso laboral la doctrina tiene particular relevancia en el juzgamiento de los conflictos. Los principios de la disciplina se derivan en la mayoría de los países de la elaboración doctrinaria y no de normas del Derecho Positivo. Sabido es que en nuestro país un gran porcentaje de conflictos sometidos a los jueces, son resueltos invocando tal o cual principio o acudiendo a la doctrina más recibida. Estos principios y estas doctrinas han demostrado tener más fuerza que la misma norma escrita.

Especialmente en los países industrializados que en general desempeñan el rol de precursores de las tendencias del Derecho Laboral, comprobamos que se ha atemperado en las sentencias judiciales el peso de la doctrina tradicional protectora de los derechos del trabajador. Los jueces se vuelven menos "garantistas" y empiezan a introducir nuevos elementos (interés de la producción, derechos de los usuarios, derechos de la empresa) que van flexibilizando las inmovibles garantías que se habían reconocido en otras épocas al trabajador. La inderogabilidad de principios y derechos laborales ya no es un axioma y en las sentencias judiciales lo que era inderogable empieza a ceder frente a otros intereses jurídicamente tutelados o frente a nuevos convenios colectivos que reducen anteriores derechos de los trabajadores.

En los últimos tiempos también en nuestro país han aparecido sentencias en las diversas instancias judiciales, en que se atemperan garantías de los trabajadores en materia de libertad sindical, conducta laboral y principios como el de la gratuidad procesal.

²² BALLESTRERO, M.V., "La flessibilità nel diritto del lavoro. Troppi consensi?" en *Revista Lavoro e Diritto*, Bologna, abril de 1987, p. 294.

5. La doctrina

Es otra fuente de Derecho que acompaña la flexibilización de la relación laboral. Y no nos referimos a aquellos autores desde siempre favorables a privilegiar los factores económicos sobre los sociales, sino a la doctrina más prestigiosa que siempre ha promovido la protección del trabajo humano y que de ese modo ha contribuido al desarrollo del Derecho del Trabajo.

Hoy la doctrina más recibida -casi unánimemente (y no pretendemos sustraernos a esta tendencia)- empieza en grado diverso a reconocer la necesidad de flexibilizar en alguna medida la reglamentación del trabajo. Un ejemplo de esta afirmación lo encontramos en las ya citadas y valiosas reflexiones de Plá Rodríguez sobre la flexibilidad. El autor de **Los principios del Derecho del Trabajo** -obra cumbre de la doctrina- expresa en ese artículo que el principio protector (en algunas de sus aplicaciones), el de irrenunciabilidad y el de la continuidad pueden verse afectados por la tendencia flexibilizadora. “No puede confundirse -expresa Plá Rodríguez- lo habitual con lo deseable ni con lo mejor porque ello importa una visión congelatoria de la realidad, inadecuada al acelerado ritmo histórico de nuestra época... Hasta cierto límite puede admitirse la flexibilidad en esta materia”, aunque no más allá de ese “cierto límite”, que el autor fija en el principio de la razonabilidad ²³.

6. La voluntad unilateral del empleador

Sin pretender ser exhaustivos, señalaremos como última fuente de la flexibilidad la voluntad del empleador: voluntad que se expresa en forma unilateral y de manera diversa, desde la simple orden impartida en función del poder de dirección hasta el contrato individual de trabajo que -salvo excepciones- bajo el ropaje de un acuerdo bilateral refleja la voluntad del más fuerte sobre el más débil. Y no se nos acuse de demagogia laboral, si afirmamos que nunca desde la segunda posguerra la posición del empleador fue tan fuerte y la del trabajador tan reducida, en la relación contractual.

Si bien desde un punto de vista jurídico esta fuente de Derecho parece no merecer destaque especial, no es menos cierto que la gran flexibilización

²³ PLA RODRIGUEZ, A., ob. cit., pp. 438 a 441.

contemporánea se apoya fundamentalmente sobre los nuevos poderes de la empresa, que impulsa el contrato individual de trabajo como plataforma esencial para consolidar su posición de fuerza frente al trabajador. Y si en el mundo del trabajo formal esta fuente cohabita con otras fuentes de Derecho que la limitan y regulan, no olvidemos que en el mundo de la informalidad y en el trabajo liso y llanamente “negro”, ésta es la única fuente reguladora de la relación laboral.

Pero la flexibilidad de hecho no se registra sólo en situaciones de informalidad. Recuerda Javillier que existe una flexibilidad al margen del Derecho, que el empleador practica inmediatamente “sobre el terreno” ²⁴. El abuso de la contratación atípica (en nuestro país, especialmente el contrato de prueba y de zafra), la imposición de trabajo extraordinario “contra legem”, la disminución de la protección asegurativa a través de la declaración de un salario inferior al real, la aparición de una creciente contratación cero horas o de trabajo a disponibilidad, la invasión técnicamente organizada de la intimidad del trabajador, la proliferación de comisiones como forma de ligar el salario a los resultados de la producción, son algunas de las formas de flexibilidad que - aunque no previstas a veces en la legislación, como en el caso de nuestro país - son sin embargo impulsadas y se generalizan por voluntad unilateral del empleador.

IV. LAS EXPRESIONES DE LA FLEXIBILIDAD

Ya hemos indicado las dificultades existentes para enmarcar en una definición el concepto de flexibilidad. Más fácil es la tarea de describir las diferentes modalidades en que se ha expresado la tendencia flexibilizadora del Derecho del Trabajo en la época contemporánea. Señalaremos las más importantes:

1. Formas de contratación

Una de las principales características del contrato de trabajo era su duración por tiempo indeterminado cubriendo una jornada laboral de 8 horas. En los países industrializados, la tendencia flexibilizadora ha dado origen a una mul-

²⁴ JAVILLIER, J.C., *ob. cit.*, p. 4.

tipicidad de contratos -los que llamamos "contratos atípicos de trabajo"-, que con diversa intensidad significan pérdidas de garantías para el trabajador. Esta proliferación contractual -que permite a Ojeda Aviles hablar de "neocontractualismo" laboral- fue motivada por la convicción que el excesivo garantismo del contrato típico desestimulaba la ocupación. Aclaremos que es un fenómeno de países (fundamentalmente europeos) donde efectivamente existen muchas garantías (fundamentalmente la estabilidad) que rodean la relación laboral. En América Latina no ha existido una similar expansión de las formas atípicas, porque el contrato típico tiene reducidos niveles de protección.

Para tener una idea del "neocontractualismo", Ojeda Aviles señala doce formas contractuales distintas en países europeos: temporales causales (o por motivos tipificados), temporales con abstracción de motivos o "libres", temporales de jóvenes, para trabajadores de edad madura, de aprendizaje, de empleo-formación, de adaptación o en prácticas, de empleo-orientación de jóvenes, de solidaridad, de empleo compartido, de jornada variable, a tiempo parcial ²⁵.

Ameglio al referirse a nuestra realidad subraya la expansión de los contratos de zafra (extendidos a trabajos por temporada), contratos a plazo, por obra determinada o en calidad de suplente, empleo de jornaleros o destajistas por menos de 100 días (plazo de carencia legal en el que no se genera derecho a la indemnización por despido), contrato a prueba y contratación indirecta a través de empresas suministradoras de mano de obra temporal ²⁶.

2. El tiempo de trabajo

La revolución industrial de comienzos de siglo exigía una gran aplicación del factor trabajo a la máquina. En esa época la lucha obrera se centraba precisamente en la regulación de una jornada, que el empleador quería extender a los límites de la resistencia humana. La revolución tecnológica produce en cambio un fenómeno contrario -la reducción del tiempo de trabajo- y el empresario busca

²⁵ OJEDA AVILES, A., "El neocontractualismo en Europa: Balances y Perspectivas", en *La flexibilización del trabajo. Un estudio internacional* (obra colectiva), Barquisimeto (Venezuela), Diciembre de 1990, pp. 172 y ss.

²⁶ AMEGLIO, E. J., *ob. cit.*, pp. 61 y ss.

hoy la optimización del tiempo de empleo de la mano de obra a las exigencias de la producción ²⁷.

Ante esta nueva realidad podemos distinguir la jornada reducida (part-time) con horario predeterminado y nuevas formas de adaptación horaria del factor trabajo a las exigencias de la producción. La fórmula más novedosa es la de la jornada variable o "mini-max" en la cual empleador y trabajador pactan una jornada que se va ajustando a las necesidades de cada momento de la empresa. Se acuerda, por ejemplo, una jornada 20/40: esto significa que el empleador tendrá la obligación de dar trabajo a su trabajador entre un mínimo de 20 y un máximo de 40 horas semanales. Obviamente el salario se ajustará a las horas efectivamente trabajadas. Esta forma de trabajo puede ser especialmente perjudicial para el trabajador, porque como señala Javillier "la protección de la personalidad del trabajador deja de estar asegurada cuando la desproporción entre el trabajo efectivo y la situación de disposición es demasiado amplia: el asalariado ya no cuenta más con la disponibilidad de su tiempo personal. Por la otra, la flexibilidad introducida en el contrato puede frustrar ciertas reglas del Derecho del Trabajo. En especial, el derecho a desempeñar otro empleo a tiempo parcial (cuando el trabajo no le asegura condiciones normales de existencia)"²⁸.

También se ha desarrollado la llamada "anualización" del trabajo como alternativa a la jornada laboral típica: determinadas horas de trabajo se distribuyen en forma desigual a lo largo del año. En esta hipótesis, se sabe de antemano la cantidad de horas que se realizan (y por ende la retribución que se percibirá), mientras que se plantea el problema de quién distribuye las horas a lo largo del año. La solución puede ser de máxima flexibilidad, dejando la decisión al arbitrio del empleador, o puede ser regulada con criterios objetivos a través de la negociación colectiva ²⁹.

En lo que se refiere a nuestro país, Ameglio recuerda que en materia de duración del trabajo las manifestaciones de flexibilidad son incipientes, manteniéndose el tema dentro de sus cánones tradicionales: contratación por hora o jornal, uso

²⁷ HERNANDEZ ALVAREZ, O., "La flexibilidad del Derecho del Trabajo", en *La flexibilización del trabajo. Un estudio ...* cit., pp. 254 y 255.

²⁸ JAVILLIER, J. C., ob. cit., p.6.

²⁹ BRONSTEIN, A. S., *La flexibilización del trabajo en los países ...* cit., pp. 16 y ss.

discrecional de trabajo extraordinario, difusión del contrato a tiempo parcial en relación directa al ingreso masivo de la mujer al mercado de trabajo ³⁰.

3. El salario

La intangibilidad del salario es uno de los dogmas que ha caído bajo los impulsos de la flexibilidad. Bronstein reseña las principales modalidades de flexibilización salarial: la desindexación en países donde existían sistemas automáticos de ajuste (Bélgica, Dinamarca, Italia), la reducción o la renuncia a nuevos aumentos pactada en la negociación colectiva de concesiones (paradigmático siempre el caso de Chrysler), la nueva práctica negociada de "doble escala salarial", en la que el sindicato acepta para los futuros trabajadores salarios menores de los que rigen para los trabajadores en servicio en el momento de la firma del convenio³¹. Se ha generalizado también la práctica de la "individualización de los salarios" que consiste en la posibilidad de fijar salarios diferentes para funciones similares en una misma empresa y se han promovido políticas de empleo exonerando a los empleadores de pagar durante determinado tiempo las cargas de la seguridad social³². Otra forma de flexibilizar el salario es la de asignar cuotas cada vez más altas del mismo a factores como la productividad, la presencia, la calidad del resultado, de manera de estimular el resultado final del trabajo.

4. El despido

La flexibilidad se ha manifestado también en este instituto del Derecho Laboral allí donde existen reglamentaciones que establecen el derecho a permanecer en el empleo (estabilidad propia) o sistemas relevantes de indemnizaciones (estabilidad impropia).

La posibilidad del despido individual está ínsita en la gran mayoría de los contratos atípicos. La elaboración de las distintas "atipicidades" contractuales se efectúa precisamente para eludir las normas sobre estabilidad: los contratos

³⁰ AMEGLIO, E.J., *ob. cit.*, pp. 66 y ss.

³¹ BRONSTEIN, A. S., *Idem*, p. 10.

³² BRONSTEIN, A. S., *Idem*, p. 8 y ss.

a término, a prueba, de aprendizaje y formación, de jóvenes o de tercera edad, etc., todos ellos prevén la posibilidad de rescindir -generalmente luego de un plazo- la relación de trabajo por voluntad unilateral del empleador. Es más, la doctrina que justifica la existencia de modalidades atípicas de contratación expresa que las rigideces de la estabilidad laboral han terminado por volverse en contra del trabajador, por haber sido el principal disuasivo para el empleador de nueva contratación laboral. Todas las políticas de fomento del empleo han recurrido a la reducción de las garantías de conservación del puesto de trabajo.

La flexibilidad se ha expresado también en los "despidos colectivos" productos de la crisis y el cambio tecnológico. La reducción del trabajo manual, la sustitución del hombre por la máquina, el cierre de sectores de producción causado por la crisis ha obligado al sindicato a negociar la salida del personal en caso de despidos masivos. Ante realidades incommovibles de reducción de tareas, el sindicato las ha aceptado con la condición de fijar criterios objetivos de despido (edad del trabajador, antigüedad, profesionalidad, etc.).

A nuestro criterio, la flexibilización de las normas sobre despido ha constituido el más importante ataque a la concepción clásica del Derecho del Trabajo. Esta concepción reposaba sobre la idea central de la permanencia en el puesto de trabajo: lo normal para el trabajador era seguir trabajando para la misma empresa; lo excepcional, el despido. Hoy esta idea se ha revertido y ha dado lugar a la formación de lo que Lyon-Caen llama "el trabajo diferenciado"³³: por un lado, seguirán existiendo trabajadores con un trabajo estable y con cierta "seguridad" sobre los beneficios que de ese trabajo derivan; por otro, trabajadores sujetos a los temores provocados por la fragilidad de su contrato. Bien dice Sagardoy Bengoechea, cuando expresa que se está produciendo un cambio de la sociedad laboral de ser estable, a ser itinerante, móvil³⁴.

Aunque en este trabajo no hagamos referencia al empleo público, queremos aquí recordar que el Estado a través de nuevas y a veces ajurídicas formas de contratación de su personal, ha provocado una verdadera precarización del empleo público, antes templo sagrado de la estabilidad.

³³ LYON-CAEN, G., "La batalla engañosa de la flexibilidad", en *rev. Derecho Laboral*, Año XXVIII, N° 4, Buenos Aires 1986, p. 148.

³⁴ SAGARDOY BENGOCHEA, *ob. cit.*, p. 17.

5. Otras condiciones de trabajo

Hasta aquí hemos reseñado los principales elementos de la relación laboral en los que puede actuar la flexibilidad. Es evidente de todos modos que ella puede afectar cualquier otro aspecto de la relación laboral.

El clásico sistema de producción industrial inspirado en el Taylorismo (reglas de ejecución de trabajo estrictas, control jerárquico y escasa movilidad interna) favoreció la idea de la categorización del personal con la relativa descripción de tareas y calificación profesional ³⁵. Con el tiempo las categorías fueron considerados verdaderos derechos adquiridos por parte de los trabajadores, que incluyeron las relativas descripciones -cada vez más precisas- en los convenios colectivos.

Hoy las empresas sostienen que la modificación del sistema de producción - donde interviene cada vez más la actividad intelectual en detrimento del trabajo manual- exige flexibilizar las rigideces de las categorías. El empleador reclama **polifuncionalidad** a sus trabajadores: afirma que las nuevas tecnologías abren posibilidades de actuación que rebasan el ámbito cerrado y fijo de las categorías.

La nueva tecnología también plantea la reorganización de las tareas internas, la recalificación profesional de los trabajadores afectados, la reasignación de funciones ³⁶. La concepción clásica de que el *jus variandi* no podía "tocar" las categorías -elemento esencial del contrato de trabajo- parece vacilar y ceder ante la disyuntiva que plantea la opción "recapacitarse o perder el empleo" ante el empuje tecnológico ³⁷.

La flexibilidad también actúa sobre el elemento medular de la relación de trabajo, la **subordinación**, produciéndose un desplazamiento del trabajo jurídicamente subordinado al trabajo a domicilio (desde las formas más

³⁵ BRONSTEIN, A. S., *La flexibilización del trabajo en los países ...* cit., pp. 30 y 31.

³⁶ BRONSTEIN, A. S., *idem*, p. 32.

³⁷ TREU T., "Flexibilidad y rigidez en el Derecho del Trabajo italiano", en *La flexibilidad del trabajo. Un estudio internacional*, cit., p. 211 recuerda el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores italiano que admite la modificación de las funciones para las cuales el trabajador ha sido contratado si el cambio se hace a funciones equivalentes.

tradicionales, hasta el moderno teletrabajo) formalmente independiente, pero económicamente subordinado a una gestión central ajena.

La flexibilidad puede operar también en la movilidad geográfica, facultando al empleador a trasladar a sus trabajadores de un lugar a otro fuera del área donde está instalado su lugar habitual de trabajo ³⁸.

Finalmente podemos considerar una modalidad de la flexibilidad, la aprobación de normas (estatales o negociadas) que establecen el pago de importes, cuya naturaleza jurídica es típicamente salarial, pero que por expresa disposición de la norma no serán considerados salario a ningún efecto ³⁹.

V. LA FLEXIBILIDAD ENCUBIERTA

Es creencia generalizada en un sector de nuestra doctrina que la flexibilidad es cosa de otros países y que la mejor forma de defenderse contra las nuevas tendencias es librar una lucha sostenida y firme contra ella. Se sostiene -convencidos de la justeza de esta posición- que la flexibilidad no ha corroído nuestro Derecho del Trabajo y que el país puede orgulloso situarse entre aquellos en los que las alteraciones del Derecho del Trabajo tradicional han sido excepciones, que sólo pueden expresarse a través de pobres y limitados ejemplos.

Ermida Uriarte señala que Uruguay pertenece al grupo de países donde el Derecho del Trabajo, como tal, habría permanecido inmutable en lo esencial, "casi diríamos ajeno a la crisis, imperturbable, resistiendo en defensa de los principios o ignorante de la realidad, según el color del cristal con el cual se le mire. El Derecho Laboral continúa siendo protector y todo lo rígido que sea necesario para proteger". Pero agrega que en estos países la situación del trabajador es francamente menos segura; el salario ha descendido o se ha desplomado, concluyendo que en América Latina "el costo social del ajuste

³⁸ PASCO COSMOPOLIS, M., "La flexibilización en el Perú" en *La flexibilización del trabajo. Un estudio internacional*, cit., p. 194, señala que en Perú se han aprobado normas para los desplazamientos de trabajadores de una fábrica a otra y las indemnizaciones a abonar a aquellos trabajadores que no puedan trasladarse.

³⁹ Tal es el caso en nuestro país del salario vacacional (norma ética) o del beneficio de alimentación y alojamiento de la gente de mar del sector pesquero (norma negociada).

económico ha generado una **deuda social** creciente e impaga, uno de cuyos componentes es, precisamente, el deterioro de las condiciones de trabajo”⁴⁰.

Consideramos que en nuestro país no ha existido ni un debate sobre la flexibilidad, ni modificaciones importantes en la regulación del trabajo. Desde el punto de vista formal por lo tanto, y para consuelo de muchos, el Derecho del Trabajo está a salvo, pero resta verificar la realidad. Y en este examen comprobamos que existe una flexibilización de hecho mucho más expandida y mucho más grave, que en aquellos países donde la flexibilidad ha sido estudiada, discutida, confrontada y en definitiva conocida y negociada en normas precisas.

Resumamos algunos de los ejemplos más notorios de la flexibilidad de hecho en el Uruguay:

- habitualidad de las transacciones en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social sobre el pago en cuotas del despido y demás créditos laborales;
- abusos del contrato a prueba o del plazo de carencia de jornaleros y destajistas para no pagar el despido;
- generalización de la práctica de declarar sueldos inferiores a los reales a la inspección del trabajo y al sistema de seguridad social;
- sustitución del goce de la licencia anual por retribución monetaria del trabajo realizado en el presunto período de licencia;
- extensión habitual de la jornada de trabajo más allá de las 8 horas, sin notificar ni solicitar autorización de la autoridad competente;
- dificultades de los trabajadores -especialmente del interior del país- para acceder a la justicia;
- tolerancia cada vez mayor de la administración y la jurisprudencia al ejercicio amplio de *jus variandi*.
- descontrol del trabajo a domicilio, doméstico y rural por falta de recursos de la inspección y por las características de la actividad.
- falta total de inspección del trabajo negro, considerado por su expansión una plaga nacional de imposible contención y control con los escasos medios de la autoridad administrativa.

⁴⁰ ERMIDA URIARTE O., *El impacto de las dificultades económicas de la empresa sobre las condiciones de trabajo*, Informe General al XIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Atenas, setiembre de 1991, pp. 54 y 55.

La lista podría seguramente engrosarse con otros ejemplos, pero creemos que los apuntados son de por sí suficientes para confirmar nuestra afirmación sobre la gran flexibilización existente en el país. Y seguramente por cada situación de uso abusivo de *jus variandi* que se ventila ante la justicia, existen diez más de trabajadores que aceptan sumisamente alteraciones del contrato de trabajo presionados por el temor de perder el empleo y que nunca llegan a plantear el reclamo de sus derechos.

No podemos dejar de mencionar una acertada afirmación de Romagnoli, quien recuerda que la flexibilidad legaliza el trabajo negro de la economía sumergida⁴¹.

Participamos de los deseos de quienes quisieran que nunca se hubiera alterado el Derecho de Trabajo, pero consideramos preferible una flexibilidad legalizada a una flexibilidad oculta.

VI. FLEXIBILIDAD Y CONTEXTO LABORAL CONTEMPORANEO

En el apéndice de su ya citado estudio sobre flexibilidad Hernández Álvarez recuerda una enseñanza de Efrén Córdova: “el estudio de los sistemas de relaciones de trabajo no puede encararse exclusivamente desde el punto de vista jurídico y el Derecho Laboral, que constituye el marco normativo de tales sistemas, no puede ser plenamente comprendido cuando se le analiza con prescindencia de las otras disciplinas que lo informan”⁴².

Hemos optado por describir primeramente algunas expresiones jurídicas de la flexibilidad, para luego ubicar el fenómeno en su contexto actual.

Si bien es de los últimos años la violenta expansión de la flexibilidad, los primeros indicios se remontan a la crisis petrolera de los '70, que cerró un ciclo de prosperidad en Europa conocido como los “gloriosos treinta”⁴³ y ya a comienzo de la década del '80 encontramos expresiones legales de la misma.

⁴¹ ROMAGNOLI, U. en las citadas Primeras Jornadas Italo-Chilenas.

⁴² Ver HERNÁNDEZ ALVAREZ O., *ob. cit.*, p. 225.

⁴³ BRONSTEIN, A. S., *La flexibilidad del trabajo en los países ... cit.*, p. 4, quien cita el conocido libro de Fourastie, Jean “Les trente glorieuses” ou “La Révolution invisible de 1946 a 1975”, París 1979. También OLEA M., Alonso, debate sobre *El futuro del Derecho del Trabajo*, Montevideo 1989, pp. 23 y 24, en el que recuerda que luego de dos décadas de esplendor en lo económico-social, se ha vuelto al “tiempo de la escasez”.

A partir de este momento, se van produciendo mutaciones cada vez más intensas en los sistemas de relaciones laborales que de alguna manera culminan con los sucesos políticos internacionales de este año 1991.

Fundamentalmente entra en crisis el Estado que ya no puede cumplir con su idea de "Estado de bienestar" en los países de occidente o que sucumbe ante el gigantismo de su aparato burocrático en los países del este europeo. En el nuevo Estado va perfilándose un gran sentido economicista que preside la conducción de los gobiernos, postergando lo social. "Los planteos económicos empiezan a primar sobre los planteos sociales" expresa Plá Rodríguez⁴⁴ y las relaciones laborales pasan antes por los despachos de los Ministerios de Economía que de los de Trabajo: estos últimos tratan de atemperar las tensiones sociales, que las decisiones económicas producen.

Se va formando conciencia de la mala gestión administrativa, en la que subyace la idea que el Estado no puede -por sí mismo- mejorarla. La grandeza del Estado se vuelve paradójicamente su principal debilidad y empiezan a dictarse reglas que atacan el principio de estabilidad en el empleo público: nuevas causas de despido, trabajo contratado, privatización de servicios.

La crisis del Estado generaliza el sentimiento de inseguridad, que marca la época contemporánea y es causa de desempleo que castiga un mercado de trabajo de por sí congestionado.

La flexibilización de las estructuras del Estado y del sistema de relaciones laborales encuentra su soporte ideológico en el neoliberalismo impulsado por los gobiernos del Presidente Reagan y de la Sra. Thatcher: más mercado, más responsabilidad, menos garantismo. El neoliberalismo busca su justificación moral en elementos de la tradición luterana y calvinista: el individuo debe servir a la comunidad y no vivir a expensas de ella. Pero también es cierto que en esta lógica el hombre fuerte sobrevive y triunfa, mientras el débil sucumbe.

Los trabajadores son por su parte quienes han mayormente soportado el peso de la crisis. A ella se une una nueva realidad: los cambios tecnológicos, que

⁴⁴ PLA RODRIGUEZ, A., *ob. cit.*, p. 431.

contribuyen a la expansión de la desocupación. El sindicato que tradicionalmente negociaba mayores salarios y mejores condiciones de trabajo, ahora lucha para no retroceder en las conquistas alcanzadas: la conservación del puesto de trabajo es más importante que la lucha salarial. El fantasma del desempleo debilita la fuerza sindical: un trabajador que teme el despido, se vuelve más dócil y disponible a las nuevas condiciones que impone el empleador. La competitividad en el mercado de trabajo entre ocupados e inocupados debilita la fuerza negociadora de los trabajadores: entra en crisis la solidaridad obrera, base esencial del sindicalismo. La situación determina que por vez primera se plantea el problema del trabajador individual enfrentado a su sindicato y cuestionando la representación sindical: el trabajador calificado quiere negociar su propio contrato y cuestiona el "*erga omnes*", que significa reglas idénticas para todos.

Debe también señalarse que el cambio tecnológico lleva a la reducción de la clase obrera y a la terciarización de las grandes fábricas, tradicionales centros de la fuerza sindical. Con menos fábricas y una más reducida clase obrera, en los términos tradicionalmente admitidos, la organización sindical pierde afiliados y, por lo tanto, energías en su enfrentamiento con la empresa y el Estado.

La empresa privada se vuelve la gran protagonista de la nueva década. Modifica sus estrategias en el sistema: de las tradicionales actividades defensivas frente a los embates del sindicato, ha pasado al ataque y con el pretexto de hacer frente a nuevas realidades económicas, trata de sacar el mayor provecho de las circunstancias favorables e imponer sus posiciones. "De hecho -expresa Ermida Uriarte-, no de derecho, la crisis refuerza la posición del empleador frente al trabajador" ⁴⁵.

Por primera vez -como señala Hoyos- "la iniciativa del cambio en materia laboral se ha desplazado de los sindicatos a los sectores empresarial y estatal, en ese orden, a diferencia del pasado en que el impulso del cambio provenía de los trabajadores" ⁴⁶.

⁴⁵ ERMIDA URIARTE, ob. cit., p. 50.

⁴⁶ HOYOS, A., ob. cit., p. 12.

La nueva empresa desea aumentar su influencia sobre trabajadores individuales y se resiste a negociar con el sindicato. Interviene además con sus asesores en la mesa de la concertación para imponer sus estrategias. Sigue atenta al proceso de reestructuración del Estado que tiene para ella un triple significado: a) afirmación de su posición ideológica; b) cuestionamiento de la regulación estatal de las relaciones laborales (¿cómo puede un Estado que no sabe administrar sus propios servicios, dictar reglas de gestión a la empresa privada?); c) la reestructuración del Estado significa básicamente desmonopolización y privatización y por lo tanto ampliación del campo de acción de la empresa privada.

Por otra parte, las mutaciones del sistema de relaciones laborales han favorecido la aparición de nuevos actores en la periferia del sistema, que accionan sobre el mismo: son ellos los informales y los desocupados.

La informalidad de fenómeno marginal y patológico se va convirtiendo, especialmente en América Latina, en un doloroso y vasto testimonio de retroceso social. Pero el fenómeno no es exclusivo de los países pobres: el subdesarrollo ha contaminado el mundo a través de las migraciones hacia los países industrializados, donde es posible comprobar hasta qué grado se ha expandido el ambulantismo y el mercado negro.

No es posible identificar una única expresión del sector informal y al referirnos al mismo estamos pensando en los pequeños artesanos independientes sin ningún capital, los cuentapropistas que inventan trabajos sin ninguna cuota de productividad, los trabajadores empleados en empresas clandestinas, los pequeños grupos familiares que intentan estrategias de supervivencia a través de actividades de mísera rentabilidad, la mendicidad disfrazada (ej. limpiadores de parabrisas, artistas callejeros, etc.).

El sector informal por su vastedad está dando vida a una cultura de la informalidad que en definitiva atenta contra todas las reglas de organización social. Esa cultura informal del sector lleva a que los individuos se acostumbren a vivir sin reglas: seguramente construirán sus chozas sin los necesarios permisos municipales, formarán familias al margen de las normas civiles, evadirán toda responsabilidad frente al Estado, porque su cotidiano trabajo los ha acostumbrado a estar al margen de las reglas. La informalidad significa en

definitiva la máxima desregulación del Derecho y no es casual que un escritor y político como Vargas Llosa exprese que “las economías informales son la primera forma -y es significativo que sean una creación de los marginados y pobres- aparecida en nuestros países de una economía de libre competencia y de un capitalismo popular”⁴⁷. Más allá de que pueda compartirse o no esta idea, lo cierto es que la informalidad, como el neoliberalismo, promueven una desregulación que afecta especialmente al mercado laboral estructurado.

El otro protagonista que presiona sobre el sistema es el desocupado⁴⁸. Es cada día más impresionante la dimensión de este “ejército de reserva”, que entra en competencia con los trabajadores ocupados. El desocupado considera al trabajador ocupado como un ser privilegiado y no comprende que la defensa del Derecho del Trabajo es en definitiva la defensa de todos los trabajadores ocupados o no, en cuanto defensa de los intereses abstractos de la clase trabajadora. Esta situación aumenta el temor de los trabajadores ocupados de perder su puesto de trabajo, refuerza el poder de dirección en la empresa y favorece la justificación de las diversas formas de flexibilización.

Finalmente, en lo político, el neoliberalismo en mayor o menor medida ha seducido a la mayoría de los países. Los recientes cambios en los países del este europeo, además de la significación social y económica que tienen, marcan también el fin de cierto equilibrio ideológico a nivel internacional entre el capital y el trabajo. De alguna manera es posible vaticinar que a nivel de la misma Organización Internacional del Trabajo se producirá un cambio hacia posiciones más conservadoras: en efecto, creemos que el sector de trabajadores se encontrará en franca minoría debido a la nueva composición política de la Organización.

El panorama que venimos de esbozar indica que la realidad contemporánea favorece las tendencias de desregulación del Derecho del Trabajo. Esta pesimista comprobación podría hacer pensar que el Derecho del Trabajo ha entrado en su época de decadencia y hasta podría llegar a su fin.

⁴⁷ VARGAS LLOSA, M., “Todos somos liberales”, artículo publicado por el semanario *Búsqueda*, Montevideo 17 de octubre de 1991.

⁴⁸ Englobamos aquí el desocupado propiamente dicho (trabajador que ha perdido el empleo) y al inocupado (persona en busca de su primer empleo).

Opinamos todo lo contrario. En el momento en que la crisis, la desocupación y los cambios tecnológicos afligen el mercado de trabajo; cuando el Estado social va retirándose del sistema, dejando paso a una empresa fortalecida y agresiva; cuando la organización sindical enfrenta duros desafíos y se debilita la solidaridad obrera, aparece el Derecho -en este caso, el Derecho del Trabajo- como principal herramienta de ordenación de la realidad social.

VII. DERECHO DEL TRABAJO: LOS CAMBIOS Y LO PERMANENTE

Es un momento de transformaciones y el Derecho debe gobernar esas transformaciones. Frente a los nuevos vientos que tratan de marginar el Derecho del Trabajo, éste debe intervenir y guiar el proceso de "acomodación" del sistema, con autonomía y autenticidad, pero también con pragmatismo, abandonando cuando es necesario la rigidez sobre puntos tradicionales. Es necesario un cambio -no de valores-, pero sí de estrategias. Javillier con el sutil humorismo, con el que acompaña algunas de sus enseñanzas, dice: "sin vender su alma al diablo, el Derecho del Trabajo puede y debe adaptarse a las diversas situaciones"⁴⁹.

Es aquí que se plantea el verdadero desafío para el investigador: verificar qué es lo que cambia y cuáles son los elementos y valores que permanecen. En otras palabras, si el Derecho del Trabajo debe adaptarse pragmáticamente a nuevas realidades, ¿cuál es el "núcleo duro" -por utilizar una expresión gráfica- que debe permanecer para que el Derecho del Trabajo siga teniendo vigencia como tal? ¿Cuáles los elementos de cambio a tener en cuenta para evitar una congelación histórica?

Nos parece que una técnica correcta para avanzar en este camino, sea la de diferenciar aquellos aspectos que han cambiado o previsiblemente cambiarán en las relaciones de trabajo de aquellos elementos cuya permanencia es parte esencial de tal relación. Consideramos además que un examen de este tipo debe buscar lo medular, lo que realmente define en último término un cambio o una permanencia.

⁴⁹ JAVILLIER, J.C., *El futuro del Derecho del Trabajo*, Montevideo 1989, p. 39.

Los cambios

¿Qué es lo que ha cambiado o sigue cambiando en las relaciones laborales más allá de cualquier valoración jurídica o ideológica? Identificamos dos mutaciones que inciden claramente en el sistema: la creciente composición intelectual del trabajo y la dispersión de la subordinación jurídica típica.

1) La Composición del trabajo. La revolución tecnológica -más que la crisis y los cambios culturales y políticos- es la fuente última, en nuestra opinión, de los diversos cambios. El sistema tradicional de relaciones laborales se basaba en cierta ponderada distribución entre trabajo físico y trabajo intelectual. La clásica distinción entre obreros y empleados, entre "blue collars" y "white collars" -que caracterizó la segunda revolución industrial- fue también la base del sistema clásico de las relaciones laborales. Expresiones de ese sistema han sido la fábrica, la cadena de montaje, la posibilidad de fragmentar fácilmente el trabajo manual en unidades permanentes de tiempo, la producción como fruto fundamental del trabajo obrero, el empleado como administrador y organizador con el jefe de empresa de ese trabajo manual. Hoy en día la tecnología ha modificado profundamente el fenómeno **trabajo**. La producción no es más -o lo es cada vez menos- un hecho físico, sino que es una expresión intelectual, una orden mental que la tecnología transforma en un producto material. Alonso Olea habla de aumento del trabajo que se realiza con representaciones simbólicas de la materia, un trabajo cuyos límites -agregan cada vez más indeterminados y cuyas barreras cada vez más difusas⁵⁰.

No es aventurado predecir que el trabajo por cuenta ajena alcanzará porcentajes cada vez más altos de intelectualización: es éste un fenómeno que se percibe notoriamente en los países industrializados, precisamente porque son los que poseen la tecnología necesaria para la transformación cualitativa del trabajo. Si en nuestros países aún son incipientes las nuevas manifestaciones de regulación del trabajo, esto también se debe a que siguen existiendo fábricas que producen como se producía en Europa o en América del Norte hace tres décadas. Las cuotas de trabajo manual siguen siendo importantes en los países subdesarrollados, aunque puede pronosticarse que la expansión tecnológica los alcanzará en pocos años.

⁵⁰ ALONSO OLEA, Manuel, *El futuro del Derecho del Trabajo*, pp. 21 y 22.

¿Y qué significado tiene la intelectualización del trabajo? Nos parece evidente que este dato objetivo de la realidad actúa en diversos niveles y con diferentes expresiones: reducción y hasta extinción de la fábrica como centro principal de las relaciones laborales; valoración del trabajo en términos de capacitación intelectual; posibilidad de fragmentación del trabajo en una pluralidad de unidades interconectadas por la tecnología; dificultades para predeterminar la extensión y periodicidad del trabajo; reducción de la duración del trabajo; posibilidad para un trabajador individual de unificar funciones que antes eran cumplidas por diferentes categorías profesionales; “exteriorización” hacia el domicilio de tareas terciarias de la empresa en virtud de los progresos de la microelectrónica⁵¹; permanente formación o recalificación como consecuencia de las rápidas mutaciones del avance tecnológico; reducción del trabajo en términos físicos.

2) Dispersión de la subordinación jurídica típica. La “subordinación” es probablemente uno de los temas al que más se hace referencia y menos se profundiza en nuestra disciplina. El Derecho del Trabajo clásico se ha construido entorno al concepto de subordinación, que en términos “industriales” efectivamente constituye el núcleo central de la relación individual. Debe sin embargo recordarse que el contrato de trabajo es un fenómeno histórico cuyos orígenes no se remontan más allá de la época del primer maquinismo en el siglo XVIII. Esto significa que **contrato de trabajo y subordinación** en los términos tradicionalmente aceptados, pueden sufrir modificaciones y hasta llegar a su extinción como tipología de trabajo.

La revolución tecnológica, con sus nuevos sistemas de producción, de algún modo interviene en aspectos esenciales de la subordinación y promueve nuevas relaciones laborales fuera del marco tradicional de la subordinación típica. La “exteriorización” del trabajo, la microempresa, las diversas formas de trabajo periférico semi-dependiente, los nuevos ejemplos de la subcontratación están indicando como mero dato de la realidad laboral que se ha producido un proceso de flexibilización de la subordinación: ésta en su expresión tradicional, convive con una amplia gama de situaciones en las que el vínculo de dependencia se va dispersando hasta desaparecer casi totalmente. Una autora

⁵¹ BRONSTEIN, A. S., *La flexibilidad del trabajo en los países...* cit., p. 33.

italiana, Ballestrero, se pregunta si las nuevas tecnologías y las relaciones de trabajo más flexibles están contribuyendo a una disminución de la subordinación del trabajador y aumentan su participación en la actividad productiva ⁵².

La diversa intensidad de la subordinación se proyecta además en una amplia diversificación de la condición laboral. Nuevas figuras (trabajadores autónomos, subcontratados, empresas individuales, etc.) aparecen en el escenario laboral, allí donde hace algunos años el trabajador subordinado era principal actor. Agreguemos que no necesariamente existe una comunidad de interés entre los diversos grupos.

La polémica puede plantearse en torno a si son las tendencias flexibilizadoras las que han producido la disgregación de la relación subordinada o si ella se deriva del nuevo modo de producción. No dudamos que la flexibilización ha favorecido el proceso, pero consideramos que a la base existen nuevas realidades productivas: más allá de la regulación o desregulación del Derecho del Trabajo, es la nueva tecnología la que ha permitido modificar las reglas tradicionales de trabajo. El Derecho -al igual que otras formas del conocimiento- podrá acelerar o frenar, regular o desregular el proceso, pero el proceso en sí seguirá recorriendo el rumbo que el avance tecnológico indique.

Lo permanente

Luego de haber señalado dos firmes tendencias de cambio en los años futuros, queremos indicar lo que, a nuestro juicio permanecerá invariado en la relación laboral, esto es el conflicto entre empleador y trabajador y la contratación individual como forma de explotación del trabajador.

1) El conflicto. No es necesario recurrir a concepciones clasistas para afirmar que entre el capital y el trabajo existe un conflicto que nace del mismo sinalagma contractual. El empleador persigue el lucro, el trabajador la remuneración: nos enfrentamos por lo tanto a una clara oposición de intereses, en la que el empleador buscará pagar menos salario para aumentar su lucro y el trabajador reclamará la mayor retribución posible, a expensas de la ganancia

⁵² BALLESTRERO, M. V., *ob. cit.*, p. 296.

del empresario. Por lo tanto debe concluirse -como afirma Barbagelata- que el conflicto laboral existe y existirá siempre, en todos los regímenes sociales, políticos, económicos, etc. y por consiguiente el Derecho del Trabajo también existirá "porque es necesario regular ese conflicto, encontrar bases jurídicas para ese conflicto y trabajar sobre esas bases jurídicas"⁵³.

En una época en que desde los sectores empresariales y estatales se enfatiza sobre los cambios y sobre la reestructuración del Estado y de las relaciones laborales invocando la panacea de la flexibilidad, hay que recordar con firmeza que lo sustancial -el conflicto- no ha cambiado. Podrán existir nuevas expresiones de ese conflicto (como sucede en las nuevas subcontrataciones y en las tareas realizadas fuera de la empresa), pero subsistirá siempre la confrontación entre el que enajena su trabajo y el que adquiere los frutos de ese trabajo.

Ningún planteo sobre flexibilidad puede desconocer esta realidad; pregonizar un futuro desregulado, sin Derecho del Trabajo, significa regresar a la época en que el conflicto se regulaba por la fuerza y no por la razón.

La cuestión no es por lo tanto si los trabajadores deben recibir protección en el conflicto, sino cómo debe ser esa protección en el sistema laboral contemporáneo.

2) El contrato individual. La contratación individual ha sido históricamente el punto de arranque de la explotación de los trabajadores. Esta realidad conserva hoy plena vigencia y seguirá siendo una constante en las épocas futuras. No es casual que los empresarios de todas las latitudes reclamen la regulación de la relación laboral a través del contrato individual: hoy, como hace dos siglos, el empleador sigue siendo la contraparte "fuerte" de la relación y salvo excepciones, el contrato individual -sin límites legales y negociales- constituye la propuesta de trabajo del empleador, a la cual el trabajador adhiere por necesidad.

Una flexibilidad sin límites legales y sin reglas acordadas en la negociación colectiva no es más que la voluntad del empleador impuesta al trabajador. Esta

⁵³ BARBAGELATA, H. H., en *El futuro del Derecho del Trabajo* cit., p. 24.

flexibilidad significaría simplemente el advenimiento de una etapa de prepotencia laboral, en la que el empresario es quien fija las reglas del juego.

Como corolario de lo afirmado señalamos que sólo puede formularse la hipótesis de una flexibilización jurídicamente relevante, cuando ella encuentra su fuente en los convenios colectivos, en los pactos sociales y en leyes que promueven el equilibrio de las partes. Una mera flexibilidad, sin reglas, librada a la contratación individual significará la renuncia de derechos por parte del trabajador ante el temor del desempleo.

Las opciones ideológicas

Hasta aquí hemos indicado aspectos que a nuestro juicio emergen de los hechos.

Indicaremos a continuación otros elementos o institutos de especial importancia en la definición de los sistemas de relaciones laborales futuros, pero cuya vigencia no dependerá de hechos, sino de lo que en definitiva serán “opciones ideológicas”.

Damos preeminencia a estas seis opciones:

- a) el rol de la seguridad social;
- b) la capacidad de la organización sindical en la administración del conflicto.
- c) la gestión de las políticas del empleo;
- d) la unificación internacional de mercados;
- e) la privatización del Estado;
- f) el rol de los jueces.

Son aspectos de una realidad en mutación, pero sobre las cuales no es fácil hacer previsiones confiables, porque en definitiva reposan sobre esa opción que hemos denominado ideológica. ¿Se reducirá el papel de la seguridad social? ¿Seguirán sus institutos inspirados en los principios de universalidad y solidaridad o serán sustituidos por cuentas de ahorro individual? ¿La crisis

³⁴ BALLESTRERO, M. U., *ob. cit.*, p. 299.

de la seguridad social reforzará el sentimiento de incertidumbre del individuo o a la larga presenciaremos una nueva expansión de la misma precisamente para atenuar las crecientes dificultades de los trabajadores? Reflexiones análogas plantea por otra parte el Estado: la actual tendencia a la reestructuración podría revertirse bajo la presión de nuevas situaciones que el desempleo masivo puede provocar.

En cuanto a la organización sindical, ella enfrenta dificultades notorias, y de sus propias opciones dependerá su capacidad para administrar el conflicto ⁵⁵. Daübler señala con cierto pesimismo que “el sindicato no es más la patria, sino a lo sumo un medio para conseguir los intereses particulares de manera más eficaz” ⁵⁶. Frente a las nuevas realidades, ¿logrará el sindicalismo -que ha perdido poder de convocatoria porque ha disminuido la solidaridad de los trabajadores- recuperar afiliaciones y por lo tanto poder de negociación en base a la adecuada selección de sus estrategias?

En cuanto a la cuestión del empleo, corresponderá a los Estados optar por políticas activas de promoción de puestos de trabajo y de capacitación (como ha acontecido en Europa) o limitarse a las meras teorizaciones, como parece ser la práctica constante en América Latina.

Otra cuestión que podrá influir en el sistema de relaciones laborales es la perspectiva de unificación de los mercados, cuyo ejemplo más cercano lo constituye el MERCOSUR. Más que realidades, encontramos proyectos sin contornos precisos y dependerá de diversas opciones la futura concreción de los mismos. Es evidente que la unificación favorecerá la desregulación del Derecho Laboral, porque la incidencia del mercado sobre el factor trabajo será mucho mayor que en el restringido ámbito nacional. En ese caso, no dudamos que por el efecto “dumping” la equiparación será a la baja, aunque podría existir la compensación de una mayor tonificación del mercado laboral.

Finalmente, podrá sorprender la importancia que atribuimos a los jueces (“operadores” del sistema en la terminología de Barbagelata) entre las variables futuras de la regulación laboral.

⁵⁵ Ver nuestro “El nuevo sindicalismo”, rev. *Derecho Laboral* ... T. XXXII, N° 155, Montevideo 1989.

⁵⁶ DAUBLER, W., *El futuro del Derecho del Trabajo*, cit., p. 36.

En un sistema donde el sindicalismo ha entrado en crisis, la justicia recobra su papel principalísimo de control de la relación de trabajo. El trabajador del futuro -creemos- acudirá más al juez, por el hecho que la organización sindical no tendrá la fuerza para defenderlo en toda circunstancia. El juez se volverá un elemento estratégico para definir las tendencias del Derecho del Trabajo. Una justicia lenta, costosa, meramente reparatoria, imbuida de ideas mercantilistas favorecerá una amplia desregulación; una justicia ágil, accesible, vigilante del cumplimiento de las normas (justicia preventiva) y guiada por los principios de nuestra disciplina contribuirá a colocar la flexibilidad en el cauce jurídico que exige la tutela del trabajador.

VIII. ¿HACIA LA DESREGULACION O LA ADAPTACION DEL DERECHO DEL TRABAJO?

Corresponde plantear nuestra posición, que de algún modo se adelanta en el título de este trabajo.

Como hemos visto, el trabajo subordinado -como hecho fenomenológico- ha sufrido importantes mutaciones que de algún modo imponen una revisión de las soluciones tradicionales del Derecho del Trabajo. También hemos señalado que no se han producido cambios en los términos clásicos del conflicto entre las partes y que el trabajo sigue siendo el interlocutor "débil" de la relación. Estas premisas imponen su consecuencia lógica: el Derecho del Trabajo debe adaptarse a las nuevas realidades, sin renunciar a su esencial misión tutelar del trabajador.

En otras palabras, participamos en la necesidad de flexibilizar el Derecho Laboral frente a circunstancias que no podían preverse hace tan sólo tres décadas. Pero, ¿qué significa flexibilizar? Este es a nuestro juicio el punto crucial de la cuestión. La idea de flexibilizar puede tener alcance muy distinto y la misma puede llevar a la destrucción del Derecho del Trabajo o a la adecuación y a la racionalización de su tutela.

El debate dogmático y violento entre quienes están a favor de la flexibilidad y quienes están en contra ha llevado muchas veces a no reparar sobre lo que en cambio es esencial: el alcance de la flexibilidad.

No puede englobarse en un mismo concepto la flexibilidad del neoliberalismo de la señora Thatcher y de Hayek (el Keynes del neoliberalismo thatcheriano), que atribuye todos los males económicos a la protección del Derecho del Trabajo y al poder de los sindicatos, y otras concepciones que reconocen que vivimos momentos de transformaciones y el Derecho debe gobernar esas transformaciones.

La flexibilidad puede significar ilimitada desregulación, pero también puede tener el alcance de un ajuste encausado en límites precisos. Y nos parece oportuno enumerar los límites que Barbagelata pone a la flexibilidad, límites que adjetiviza de "compulsivos":

a) límites sociales: si bien cada sociedad puede en mayor o menor medida aceptar la eliminación de rigideces del mercado de trabajo, esto sólo es dable en circunstancias excepcionales, no pudiendo tolerarse una cultura de la flexibilidad que favorezca la implantación de un mercado de trabajo similar al que funcionaba antes del advenimiento de la legislación social;

b) límites sindicales: en toda sociedad en la que exista libertad sindical, la acción de los sindicatos estará marcando un límite a la flexibilidad que pretenden imponer los gobiernos a los empresarios;

c) límites políticos: en los regímenes democrático-representativos, la flexibilidad tiene límites que derivan del mismo contexto democrático.

d) límites jurídicos: las protecciones de los trabajadores que constan en textos constitucionales, normas internacionales, leyes y costumbres constituyen barreras jurídicas a la instalación de una flexibilidad absoluta ⁵⁷.

Agregamos nosotros que existirá siempre el límite humano a la flexibilidad. Una desregulación absoluta del Derecho del Trabajo llevaría hoy en día a situaciones de violenta explotación. Bajo la presión del mercado internacional -enfrentado en una competencia feroz- se llegaría a promover ritmos de productividad y espacios de inseguridad tan grandes que llevarían a la

⁵⁷ BARBAGELATA H. H.: "Los límites de la flexibilidad del mercado de trabajo", Ponencia al 8º Congreso Mundial AIRT, Bruxelles 1989, en rev. *Derecho Laboral*, T. XXXII, N° 155, Montevideo, diciembre de 1989.

destrucción del elemento más importante del trabajo: el hombre. Volveríamos al siglo XIX, cuando se tomó por primera vez conciencia que el maquinismo había descuidado lo principal: el factor humano. Recordamos aún emocionados la espléndida conferencia de Caldera en el X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El laborista y ex presidente de Venezuela, al recordar los hechos de Caracas de febrero de 1989, de los cuales había sido principal protagonista, expresaba que el ser humano "no va a resistir las condiciones que se le pretende imponer en aras de un supuesto progreso económico, que no es tal si no va dirigido al bienestar de la población" ⁵⁸.

En una época en que se celebra la paz internacional, se descuida la paz social interna: un país con garantías para sus habitantes y en especial para sus trabajadores será un país que se protegerá a sí mismo de la delincuencia, de la marginalidad, de la pobreza; un país que deseará emerger en el mercado internacional a expensas de la explotación de sus trabajadores, pronto se volverá víctima de las calamidades sociales que su desregulación produce.

Ermida Uriarte recuerda los principios contenidos en la constitución de la OIT, cuya obligatoriedad alcanza a todos los países miembros de la Organización: **el trabajo no debería ser considerado una mercancía; la competencia internacional no debería basarse en el costo del trabajo; las malas condiciones de trabajo atentan contra la paz.** Y señala que -como establece una Resolución de la Conferencia de 1976 - **el mejoramiento de las condiciones de trabajo debe proseguirse tanto en períodos de recesión como de expansión económicas** ⁵⁹.

Por lo tanto puede considerarse necesaria y útil la flexibilización, pero sólo en la medida que la misma signifique la racionalización del aparato normativo del Derecho del Trabajo, adaptándolo a las transformaciones de una sociedad en mutación.

Javillier marca diferencias profundas, cuando señala que "la flexibilidad puede construir un instrumento de adaptación del Derecho del Trabajo a situaciones

⁵⁸ La cita de CALDERA, R., pertenece al citado panel *El futuro del Derecho del Trabajo*, p. 31.

⁵⁹ ERMIDA URIARTE, O., *ob. cit.*, p. 56 (los destacados son del autor).

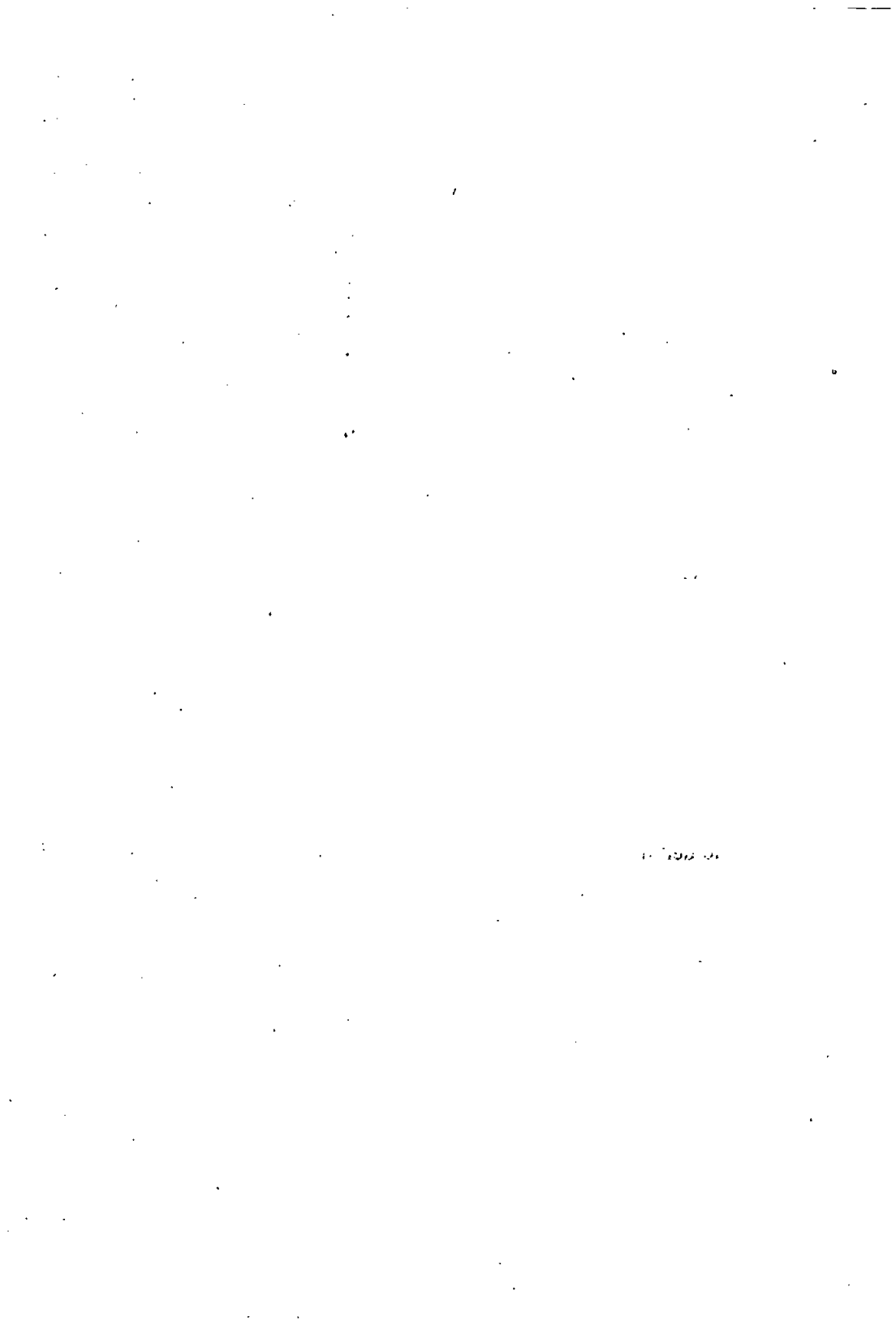
económicas o tecnológicas particulares, o incluso ser el medio de desregular tanto el conjunto de las relaciones de trabajo como el sistema de relaciones profesionales". Mientras que en el primer caso, la preocupación es la de adecuar las reglas del Derecho del Trabajo a los particularismos profesionales y técnicos, en el segundo se persigue la desaparición del principio protectorio considerado económicamente nefasto y políticamente inadecuado ⁶⁰.

Comprender que los cambios imponen adaptaciones y que la misión de la organización sindical es gobernar las mismas constituye un nuevo desafío para los trabajadores. El sindicato deberá aprender a enfrentar un cambio tecnológico irreversible; capacitarse para negociar futuros puestos de trabajo, fruto de esa tecnología; ampliar las áreas de negociación para condicionar concesiones a la obtención de nuevas ventajas; evaluar pragmáticamente las realidades para poder pronosticar los cambios; estar dispuesto a ajustar las reglas que disciplinan la relación de trabajo, sin menoscabo de los principios jurídicos esenciales.

Al concluir este examen, deseamos volver a nuestra idea central. No existe una expresión unívoca de la flexibilidad, sino una variada gama de manifestaciones que van desde razonables ajustes normativos a la supresión lisa y llana de toda regulación que signifique protecciones para el trabajador. El debate ideológico y la confrontación que rodean el tema de la flexibilidad impiden ver lo más importante que es la fijación de la línea divisoria entre la flexibilidad lícita y aquella ilícita. Es precisamente en esta área donde se vuelve indispensable el auxilio del *jus laboralista*. Su investigación no debe a nuestro juicio dejarse empañar por la polémica, sino que exige estar rodeada por la mayor serenidad y objetividad. La acción del jurista será precisamente la de orientar interlocutores y operadores sociales en un tema tan confuso y controvertido. En la medida en que se asuma este nuevo compromiso y se esté dispuesto a seguir investigando y profundizando, sin prejuicios ni dogmas, el Derecho del Trabajo -lejos de oscuros presagios de decadencia- podrá enriquecerse aún más y seguir cumpliendo su misión tutelar.

Montevideo, noviembre de 1991

⁶⁰ JAVILLIER, J. C., *ob. cit.*, pp. 15 y 16.



IMPRESO EN JULIO DE 1993
EN LA IMPRENTA UNIVERSITARIA
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL
DE VENEZUELA

