

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
de la Universidad Monteávila

# Derecho y Sociedad 14

Entrevistas a los profesores  
Alberto Arteaga  
María Bernardoni de Govea  
*Carlos García Soto*

Ratio iuris: entre lo ideal y el mito  
*Tulio Alberto Álvarez*

Asamblea Nacional: función  
contralora frente a las decisiones  
de la Sala Constitucional  
*Kathleen Barrios*

Subsistencia del ilícito civil  
en los supuestos de despenalización  
*María Alejandra Correa Martín*

Con ciencia y conciencia  
*Eugenio Hernández-Bretón*

El inconstitucional e inconveniente  
retiro de Venezuela de la OEA  
*Eduardo Meier García*

Los Derechos Humanos  
como respuesta a la desconfianza  
en el Estado  
*Ricardo F. Rosales Roa*

La Universidad venezolana hoy:  
problemas del sector universitario  
*Eugenio Hernández-Bretón*

Palabras del representante  
de los Profesores en el acto  
de grado de la XII Promoción  
de egresados de la  
Universidad Monteávila,  
30 de julio de 2015  
*Guillermo Federico Vegas Pacanins*

La Enseñanza de la historia  
¿genera ciudadanía?  
*Fernando Vizcaya Carrillo*

Noviembre

2017



supra montem posita  
3 octubre 1998



Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
de la Universidad Monteávila

Derecho  
*y* Sociedad  
**14**

Noviembre 2017



# **Derecho y Sociedad**

## **Editorial**

Carlos García Soto

Derecho

## **Entrevistas a profesores**

Alberto Arteaga

María Bernardoni de Govea

## **Ratio iuris: entre lo ideal y el mito**

Tulio Alberto Álvarez

## **Asamblea Nacional: función contralora frente a las decisiones de la Sala Constitucional**

Kathleen Barrios

## **Subsistencia del ilícito civil en los supuestos de despenalización**

María Alejandra Correa Martín

## **Con ciencia y conciencia**

Eugenio Hernández-Bretón

## **El inconstitucional e inconvenional retiro de Venezuela de la OEA**

Eduardo Meier García

## **Los Derechos Humanos como respuesta a la desconfianza en el Estado**

Ricardo F. Rosales Roa

Sociedad

## **La Universidad venezolana hoy: problemas del sector universitario**

Eugenio Hernández-Bretón

**Palabras del representante de los Profesores  
en el acto de grado de la XII Promoción de egresados  
de la Universidad Monteávila, 30 de julio de 2015**

Guillermo Federico Vegas Pacanins

**La enseñanza de la historia ¿genera ciudadanía?**

Fernando Vizcaya Carrillo

Colaboran en este número

**Tulio Alberto Álvarez**

Profesor titular en los pregrados de la Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Central de Venezuela y Universidad Monteavila. Imparte cátedra en los doctorados de Historia y Derecho, además de las maestrías de Filosofía, Derecho Constitucional y Derechos Humanos, de la Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela. En cuanto a este artículo, es egresado del Programa de Estudios Avanzados en Teología, Magister en Teología Fundamental, Magister en Historia y Doctor en Derecho, todas con mención summa cum laude.

**Kathleen Barrios**

Abogada egresada de la Universidad Monteávila

**María Alejandra Correa Martín**

Profesora de Instituciones de Derecho Privado III de la Universidad Monteávila y de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela

**Eduardo Meier García**

Doctor en Derecho y Máster Oficial. Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid. Curso de Derecho Constitucional Latinoamericano, Universidad de Salamanca. Ha sido profesor del seminario Constitucionalismo y Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Doctorado en Ciencias, Mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Abogado de la UCV

**Eugenio Hernández-Bretón**

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila

**Ricardo F. Rosales Roa**

Máster de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la  
Universidad de Buenos Aires

**Guillermo Federico Vegas Pacanins**

Profesor de Venezuela y su Circunstancia y de Radio en la Universidad  
Monteávila.

**Fernando Vizcaya Carrillo**

Decano de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad  
Monteávila



# Derecho y Sociedad

REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS  
DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA

Final Ave. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela

derechoysociedad@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623

Web: www.uma.edu.ve

## CONSEJO EDITORIAL

Carlos García Soto

**Director**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS  
DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA

Eugenio Hernández-Bretón

**Decano**

María Verónica Torres

**Directora de la Escuela de Derecho**

Yelitza Salcedo Mijares

**Secretaria**

Willmag Alexandra López Chávez

**Coordinadora Académica**

## CONSEJO ASESOR DE DERECHO Y SOCIEDAD

María Bernardoni de Govea

Marcos Carrillo

Résmil Chacón

Rafael J. Chavero G.

Faustino Flamarique

Ricardo Henríquez La Roche

Paul Leizaola

Enrique Pérez Olivares (+)

Pedro A. Rengel N.

Aristides Rengel Römberg

Daniela Urosa Maggi

Vicente Villavicencio Mendoza

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY

ISSN: 1317-2778

Coordinación de Publicaciones

Comité de Comunicación Institucional

Universidad Monteávila



# ÍNDICE

|                 |    |
|-----------------|----|
| Editorial ..... | 13 |
|-----------------|----|

## Derecho

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Entrevista del Director de la Revista<br/>al profesor Alberto Arteaga.....</b> | <b>19</b> |
|---|-----------|

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Entrevista del Director de la Revista<br/>a la profesora María Bernardoni de Govea .....</b> | <b>27</b> |
|---|-----------|

### **Ratio iuris: entre lo ideal y el mito**

|                             |    |
|-----------------------------|----|
| Tulio Alberto Álvarez ..... | 37 |
|-----------------------------|----|

|                                  |    |
|----------------------------------|----|
| I. A manera de introducción..... | 39 |
|----------------------------------|----|

|   |    |
|---|----|
| II. El cuestionamiento del orden jurídico<br>y materia de la Filosofía del Derecho..... | 44 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| III. El modelo kantiano de conformidad a la Ley ..... | 52 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| IV. Lo ideal y lo real en clave kantiana..... | 60 |
|---|----|

|   |    |
|---|----|
| V. El replanteamiento iusnaturalista..... | 64 |
|---|----|

|                                       |    |
|---------------------------------------|----|
| VI. La mitología iuspositivista ..... | 70 |
|---------------------------------------|----|

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| 1. El mito de la totalidad..... | 73 |
|---------------------------------|----|

|                                   |    |
|-----------------------------------|----|
| 2. El mito de la uniformidad..... | 77 |
|-----------------------------------|----|

|                                  |    |
|----------------------------------|----|
| 3. El mito de la autonomía ..... | 81 |
|----------------------------------|----|

|                         |    |
|-------------------------|----|
| VII. Conclusiones ..... | 82 |
|-------------------------|----|

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| VIII. Lista de referencias..... | 86 |
|---------------------------------|----|

### **Asamblea Nacional: función contralora frente a las decisiones de la Sala Constitucional**

|                        |    |
|------------------------|----|
| Kathleen Barrios ..... | 97 |
|------------------------|----|

|   |     |
|---|-----|
| I. Introducción.....  | 99  |
| II. La Asamblea Nacional .....  | 100 |
| III. Función contralora de la Asamblea Nacional.....  | 101 |
| a) Control sobre el Poder Ejecutivo.....  | 103 |
| b) Control sobre la actividad de la Administración<br>Pública.....  | 104 |
| c) Control sobre el Presupuesto Público.....  | 106 |
| IV. La determinación de restricciones a las facultades<br>de control e investigación de la Asamblea Nacional.....                           | 106 |
| a) Sentencia SC/TSJ N° 618/2016 (BCV: Operaciones<br>de crédito público vs Contrato de interés público).....                                | 108 |
| b) Sentencia SC/TSJ N° 893/2016 (Caso: Investigación<br>Presidente de PDVSA).....   | 109 |
| V. De la suspensión y transferencia de las facultades<br>de control por la Sala Constitucional del TSJ.....                                 | 110 |
| a) Sentencia SC/TSJ N° 007/2016 (Caso: Recurso<br>de interpretación Decreto de Estado de Excepción<br>y Emergencia Económica N° 2.184)..... | 110 |
| b) Sentencia SC/TSJ N° 184/2016 (Caso: Prórroga<br>del Decreto de Estado de Excepción<br>y de Emergencia Económica N° 2.184).....           | 113 |
| c) Sentencia SC/TSJ N° 814/2016 (Caso: Presupuesto<br>Público) .....  | 114 |
| d) Sentencia SC/TSJ N° 006/2017 (Caso: Honores<br>en el Panteón Nacional) .....   | 115 |
| VI. Consecuencias explícitas e implícitas de las decisiones<br>de la Sala Constitucional del TSJ .....                                      | 115 |
| a) Violación del principio de soberanía popular .....   | 116 |
| b) Violación del principio democrático .....  | 117 |
| 1. La inconstitucionalidad de las decisiones<br>de la Sala Constitucional.....  | 117 |

|  |     |
|--|-----|
| a) Violación a la lucha contra la corrupción, transparencia y rendición de cuentas ..... | 118 |
| b) Violación de la protección interamericana de los derechos humanos.....                | 118 |
| VII. Reflexiones Finales .....   | 122 |
| VIII. Referencias bibliográficas.....  | 128 |

**Subsistencia del ilícito civil en los supuestos de despenalización**

|  |     |
|--|-----|
| María Alejandra Correa Martín .....  | 133 |
| I. La despenalización no implica necesariamente permisibilidad jurídica .....          | 135 |
| II. El ilícito civil es más amplio que el ilícito penal.....                           | 135 |
| III. Supuestos de despenalización concretos.....                                       | 138 |
| IV. Evolución del derecho civil en atención al ámbito de libertades de la persona..... | 139 |

**Con ciencia y conciencia**

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| Eugenio Hernández-Bretón ..... | 143 |
|--------------------------------|-----|

**El inconstitucional e inconvencional retiro de Venezuela de la OEA**

|   |     |
|---|-----|
| Eduardo Meier García .....  | 157 |
| I. La Carta de la OEA es inderogable.....   | 161 |
| II. Gestiones diplomáticas y la interpretación de los Tratados sobre derechos humanos ..... | 165 |
| III. Efectos inmediatos de la pretendida denuncia de la Carta de la OEA .....               | 182 |
| IV. El inconstitucional retiro de la OEA.....   | 186 |
| V. El retiro de la OEA viola principios supraconstitucionales y supra-constituyentes .....  | 190 |

|  |     |
|--|-----|
| VI. El retiro de la OEA viola el Derecho Internacional .....           | 192 |
| VII. La denuncia de la Carta de la OEA<br>es inválida e ineficaz ..... | 194 |

**Los Derechos Humanos como respuesta a la desconfianza en el Estado**

|  |     |
|--|-----|
| Ricardo F. Rosales Roa .....   | 201 |
| I. Los Derechos Humanos y el Estado.....   | 203 |
| II. Conclusiones: Los Derechos Humanos responden<br>a la desconfianza en el Estado ..... | 219 |
| III. Fuentes .....   | 224 |

## Sociedad

**La Universidad venezolana hoy: problemas del sector universitario**

|   |     |
|---|-----|
| Eugenio Hernández-Bretón .....  | 231 |
| I. ¿Cómo puede resumirse el problema<br>de la universidad venezolana? ..... | 233 |
| II. Problemas académicos .....  | 233 |
| III. Problemas económicos .....   | 234 |
| IV. Conclusión.....   | 236 |

**Palabras del representante de los Profesores en el acto de grado de la XII Promoción de egresados de la Universidad Monteávila, 30 de julio de 2015**

|   |     |
|---|-----|
| Guillermo Federico Vegas Pacanins ..... | 237 |
|---|-----|

**La enseñanza de la historia ¿genera ciudadanía?**

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| Fernando Vizcaya Carrillo ..... | 245 |
|---------------------------------|-----|

|  |     |
|--|-----|
| I. El Problema .....                             | 248 |
| II. La importancia de la formación ética .....   | 249 |
| III. Los métodos formales de Instrucción .....   | 251 |
| 1. ¿Qué es la Enseñanza? .....                   | 251 |
| 2. ¿Cuál es su finalidad (de la enseñanza)?..... | 252 |
| IV. ¿Qué es la Historia? .....                   | 252 |
| V. ¿Qué es la ciudadanía? .....                  | 253 |
| VI. Metodología (sugerencias).....               | 255 |
| Bibliografía.....                                | 258 |





## EDITORIAL

Este número 14 de *Derecho y Sociedad* contiene varios trabajos de profesores de la Universidad Monteávila y de profesores de otras Universidades.

Contiene, como el número anterior, entrevistas a profesores reconocidos en la comunidad jurídica venezolana: Alberto Arteaga, reconocido profesor y ExDecano de la Universidad Central de Venezuela y María Bernardoni de Govea, profesora y ExDecano de la Universidad Monteávila. Tal como lo señalamos en el Editorial del número anterior, el propósito de estas entrevistas es conocer cómo ha sido el proceso de formación de estos profesores y que nos contaran cómo fue el desarrollo de su actividad profesional y académica. Además, les pedimos que dieran consejos útiles para los estudiantes universitarios y jóvenes profesores.

Creemos que estas entrevistas pueden ser un instrumento útil para que los lectores puedan identificar modelos de estudio y trabajo, hoy necesarios sobremanera debido al ambiente circundante.

*Carlos García Soto*  
Director



# Derecho



**Alberto Arteaga:  
“Una lección  
fundamental:  
siempre estamos  
en período de formación”<sup>1</sup>**

---

1 Entrevista del Director de la Revista, Carlos García Soto, al profesor Alberto Arteaga.



Es abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela, 1965. Cursó estudios de Postgrado en la Universidad Católica Andrés Bello, donde se especializó en Derecho Penal, 1967. En 1973 culmina sus estudios de Especialización y trabajos de investigación en Derecho Penal en la Universidad Degli Studi Di Roma, como becario del Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la U.C.V.

Desde 1965 se ha desempeñado como Profesor en el Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la U.C.V., de la Cátedra de Derecho Penal. Jefe del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas y Jefe de la Cátedra de Derecho Penal, 1979. Miembro de la Delegación Venezolana ante la Conferencia especializada sobre la Extradición, organizada por la OEA, en Caracas 1981. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1984 y Decano reelecto en 1987-1990. Profesor Jubilado, después de concluida la carrera docente y de investigación, a dedicación exclusiva, 1990.

Abogado en ejercicio y desde 1999 es profesor de Postgrado en el curso de Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas de la U.C.V.





**1. ¿Cómo fue su proceso de formación jurídica en la Universidad y en el postgrado?**

En la Universidad Central de Venezuela me correspondió formarme en una época de gran conflictividad política, en los inicios de la experiencia democrática en los años 60 y tuve el privilegio de contar con grandes maestros en una universidad abierta a todas las corrientes del pensamiento.

**2. ¿Quiénes han sido los profesores y/o autores que más han influenciado en su vida académica y por qué?**

Tulio Chiossone, Gert Kummerow y Aristides Calvani, entre otros, fueron modelos de verdaderos maestros, por su testimonio de vida, por su capacidad para transmitir conocimientos y por su empeño en la formación de profesionales al servicio de la justicia.

**3. ¿Puede señalar cinco libros fundamentales para su formación como jurista?**

Diritto Penale de Giuseppe Bettioli; Manuale di Diritto Penale, de F. Antolisei; Programa de Derecho Criminal de Francisco Carrara; y los libros de cabecera, La Biblia y Derecho y Razón de Luigi Ferrajoli. Estas han sido obras claves en mi formación básica y en mi “especialidad”.

**4. ¿Cuáles han sido las investigaciones que ha realizado que han sido más formativas para usted?**

Mis trabajos sobre la Culpabilidad en la Teoría General del Hecho Punible (1975) y la Responsabilidad Penal del Médico (1984) han sido ensayos que contribuyeron a la afirmación de mi vocación como aficionado al Derecho Penal.

**5. ¿Cuál ha sido el trabajo (libro o artículo) que más ha disfrutado escribiendo?**

Sin duda, he disfrutado mucho con el encargo de hacer de mis lecciones de Derecho Penal un manual para estudiantes, tratando de exponer los temas más complejos de la manera más sencilla, al alcance de todos los que se inicien en la rama más hermosa del Derecho, pero la mayor gratificación que he tenido con una publicación se concreta en un pequeño libro, “Viviendo con Demi”, sobre mis experiencias en el maravilloso mundo de los perros.

**6. ¿Puede dar tres consejos para la investigación en su área de trabajo académico?**

Considerar como prioritaria la tarea de indagar sobre la doctrina nacional y nuestra jurisprudencia; tomar en cuenta que el derecho es una ciencia de problemas; exponer los temas más complejos de la manera más sencilla.

**7. ¿Cuáles son algunas líneas fundamentales del desarrollo y/o involución que ha tenido su área de trabajo académico en las últimas décadas?**

El trabajo académico en Derecho Penal cuenta hoy con destacados y jóvenes penalistas que están a la altura de los requerimientos de la ciencia penal moderna, auténtica generación de relevo ya en plena actividad en las diversas Escuelas de Derecho, aunque estas se encuentran afectadas por la severa crisis y el cerco económico a las universidades.

**8. ¿Puede señalar algunas líneas fundamentales para orientar la reforma y/ o reconstrucción en Venezuela de su área de trabajo académico?**

Colocar como prioritaria la formación académica en el área penal y proyectarla hacia los operadores de la justicia, en cursos formales y tareas de extensión.

**9. ¿Por qué se decidió a ser profesor de Derecho?**

Tengo vocación de docente más que de investigador y es realmente reconfortante poder transmitir algunos conocimientos y exigencias de vida, recibiendo a cambio, con creces, la satisfacción de contribuir a la formación integral de un abogado, anclado -como debe ser- en la fortaleza del derecho como instrumento para la justicia.

**10. ¿Cuáles han sido las materias o cursos que más le ha gustado dictar?**

Mi curso de Derecho Penal general en segundo año de la carrera y el curso sobre Culpabilidad en la Especialización en Ciencias Penales.

**11. ¿Puede dar tres consejos a los jóvenes profesores de Derecho?**

Enseñar con las propias vivencias; no sentar cátedra; plantear problemas y dejar en manos de los alumnos las soluciones; dar ejemplo con nuestra vida y profesión de lo que pretendemos enseñar en el aula.

**12. ¿Cuáles lecciones le dejó el período inicial de su carrera profesional?**

Una lección fundamental: siempre estamos en periodo de formación.

**13. ¿Cuáles han sido las etapas que usted considera más importantes de su actividad profesional?**

Sin duda la enseñanza, por la oportunidad de contribuir a la formación de nuevos y verdaderos abogados, hombres dignos al servicio del derecho y de la comunidad.

**14. ¿Cuál aspecto de su trabajo como abogado es el que más ha disfrutado?**

Acompañar a quien atraviesa la dura experiencia de una persecución penal es una lección de vida que proporciona la gran satisfacción del ejercicio de la profesión para servir a otros.

**15. ¿Puede dar tres consejos para el ejercicio de la profesión de abogado?**

No hay más: **honeste vivere, neminen laedere, unicuique suum tribuere.**

**María Bernardoni  
de Govea:  
“Ética, estudio y respeto  
por la contraparte  
y sus abogados”<sup>1</sup>**

---

1 Entrevista del Director de la Revista, Carlos García Soto, a la profesora María Bernardoni de Govea.



Doctora en Derecho y Profesora Titular de la Universidad del Zulia; Profesora de Instituciones de Derecho Laboral en la Universidad Monteávila. Ex Ministra del Trabajo; Miembro del Escritorio Jurídico Govea & Bernardoni.

Fue Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila.

**1. ¿Cómo fue su proceso de formación jurídica en la Universidad y en el postgrado?**

Me formé en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, donde obtuve el Título de Abogado en Marzo de 1970; a la vez, trabajé desde el segundo año de Derecho como Amanuense en el Tribunal Superior Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, complementando de esta forma mi formación jurídica; la formación de post grado la realicé en Roma, Italia, en la Università degli Studi di Roma, llamada hoy La Sapienza, donde estudié y aprobé con las máximas calificaciones los Cursos Derecho del Trabajo, Derecho Sindical, Técnica Sindical y Economía del Trabajo

**2. ¿Quiénes han sido los profesores y/o autores que más han influenciado en su vida académica y por qué?**

Dos maestros fundamentales en mi proceso de formación; en el pregrado Rafael Caldera, de quien no fui alumna presente en sus clases ya que estudié en la Universidad del Zulia, más su libro Derecho del Trabajo constituyó mi primer acercamiento al Derecho Laboral y prácticamente mi única referencia, ya que mi Profesor de la asignatura, Dr. Ernesto González Araujo, enseñaba la materia siguiendo a Caldera, quien es sin lugar a dudas el mayor promotor y constructor del Derecho Laboral en Venezuela, desde su participación en la redacción de la primera Ley del Trabajo en 1936, al punto que su visión de la Disciplina ha impulsado una doctrina que caracteriza la Disciplina Laboral venezolana.

Luego Francesco Santoro Pasarelli el maestro italiano de quien tuve el honor de recibir lecciones en Roma cuando ya estaba graduada, fue una experiencia de aprendizaje inolvidable, exigente y gratificante; el Derecho del Trabajo en la Italia de los años 70 aportaba un conocimiento amplio sobretodo en la teoría y la práctica de las relaciones colectivas de trabajo, rigiendo una cultura sindical donde la libertad sindical y sus contenidos esenciales, la autonomía de las organizaciones sindicales, eran de una tradición legislativa muy diferente a la nuestra en Venezuela, más ligada a las características latinoamericanas injerencistas en la vida laboral colectiva.

Más adelante, consulté con asiduidad la excelente obra Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana de Rafael Alfonzo Guzmán, cuando la práctica se presentó exigiendo de la joven abogada respuestas y soluciones; mi primer trabajo fue como Inspector Adjunto del Trabajo en el Estado Zulia, inmediatamente a mi regreso de Roma, a mediados de 1972, constituyendo un gran reto a mis 25 años de edad. Sin lugar a dudas, considero que ese ejercicio de la función pública en un Organismo de las características de una Inspectoría del Trabajo, donde los conflictos con ocasión del trabajo, individuales y colectivos, son la cotidianidad, constituyó un segundo Curso de Post Grado, práctico, donde escasamente había tiempo de consultar las teorías de los maestros aprendidas en la Universidad porque las respuestas eran exigidas cada instante. Si alguna duda hubiera podido tener sobre la selección que había hecho de la especialidad Laboral, se despejó durante esos dos años en que fui Inspector del Trabajo, fue en esa etapa de mi formación cuando entendí mi amor por esta Disciplina.

Luego de la experiencia en la Inspectoría del Trabajo, de donde salí muy en contra de mi voluntad ya que el cargo ejercido era de libre nombramiento y remoción por lo que al darse el cambio de gobierno en 1974, debí emprender otro rumbo.

Ingresé en 1974 mediante concurso de oposición como Profesora de Derecho del Trabajo de dedicación exclusiva en la Universidad del Zulia donde me desempeñé hasta 1994. La doctrina Latinoamericana



de Derecho del Trabajo y la Europea, fueron las más influyentes en mi carrera docente; puedo mencionar algunos de los muchos autores que sirvieron de apoyo a mi labor: Américo Plá Rodríguez, Uruguayo, Mario Deveali, argentino, Manuel Alonso Olea y los franceses Camerlynck y Lyon Caen, expositores todos caracterizados por un culto a los Principios del Derecho Laboral, lo que me permitió, además de enseñar a los alumnos, completar mi formación: aprender enseñando. Por supuesto, siempre con la impronta de mis primeros Maestros Caldera y Pasarelli.

**3. ¿Puede señalar cinco libros fundamentales para su formación como jurista?**

Caldera, Rafael; *Derecho del Trabajo*; Caracas, Librería El Ateneo, 1969.

Pasarelli, Francesco; *Diritto del Lavoro*.

Camerlynck Y Lyon Caen; *Derecho del Trabajo*; Madrid, Aguilar Ediciones, 1974.

Alonso Olea y Ma. Emilia Casas B.; *Derecho del Trabajo*; Madrid, Civitas Ediciones, 2002.

Deveali, Mario; *Tratado de Derecho del Trabajo*; Buenos Aires, La Ley, 1971.

**4. ¿Cuáles han sido las investigaciones que ha realizado que han sido más formativas para usted?**

Sin lugar a dudas, dos: 1) Investigación sobre los contratos colectivos de trabajo celebrados por los grupos de trabajadores no sindicalizados, realizada con los alumnos de LUZ y 2) La tesis para obtener el Título de Doctor en Derecho en la Univesidad del Zulia, sobre Los Conflictos Colectivos de Trabajo.

**5. ¿Cuál ha sido el trabajo (libro o artículo) que más ha disfrutado escribiendo?**

La obra *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Temas y Tendencias en el Siglo XXI*, prologada honrosamente por Rafael Caldera, aportando sus conocimientos y experiencia para darle mayor luz al Libro.

Fue editada en el 2004 y pude incorporar en ella, además de trabajos que había elaborado y publicado anteriormente, ensayos inéditos sobre las transformaciones del Derecho del Trabajo a finales del siglo XX para responder a los retos que ya se sentían llegar con el nuevo siglo.

**6. ¿Puede dar tres consejos para la investigación en su área de trabajo académico?**

- Escoger temas que en la realidad aparecen con diversas interpretaciones sea de los hechos o el derecho.
- Constatar preliminarmente las fuentes que habrán de emplearse para la búsqueda de un resultado o conclusión útil.
- No limitarse al estudio de la norma, es fundamental el estudio del sustrato real al cual va dirigida y el que la antecedió como fuente real material.
- Dejar abierta la investigación para futuras consideraciones: en el área laboral lo que hoy aparece como impropio o desactualizado, puede el futuro revertir su evaluación al cambiar las bases de la realidad donde se aplicará.

**7. Cuáles son algunas líneas fundamentales del desarrollo y/o involución que ha tenido su área de trabajo académico en las últimas décadas?**

*Involución:*

- Eliminación del diálogo social en las nuevas normas y en la práctica

- Pretensión de convertir el escenario propio de la relación laboral, la empresa privada y la economía de libre mercado, en un escenario de entidades de producción social y economía colectivista y estatista, lo que representa la muerte de la Disciplina
- Mayor injerencia el Estado, en contravención de los Convenios internacionales suscritos por Venezuela y en ocasiones de la propia Constitución nacional, en las relaciones de trabajo, individuales y colectivas
- Desnaturalización del Organo del Estado mediador por excelencia entre los intereses contrapuestos del trabajo y el capital, el Ministerio del Trabajo, para convertirlo en un instrumento de represión en el sector privado y en un Juez en los conflictos laborales que arrebatara las funciones propias y constitucionales del Poder Judicial

*Evolución:*

Tanto el proceso laboral como los órganos judiciales, a través de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y de la creación en la estructura del Tribunal Supremo de Justicia de una Sala de Casación Social, han avanzado significativamente, contribuyendo a una mejor aplicación e interpretación del Derecho Laboral, queda por conquistar un mejor acceso a la justicia, además por supuesto, de reformas urgentes que han sido advertidas con la aplicación de las nuevas normas que rigen el proceso laboral

**8. ¿Puede señalar algunas líneas fundamentales para orientar la reforma y/ o reconstrucción en Venezuela de su área de trabajo académico?**

- Respeto al modelo económico establecido en la Constitución nacional y a las libertades del ciudadano y las organizaciones que conforma en esa área: rescatar la subsidiariedad del Estado es inaplazable.

- Promover el diálogo social real y productivo, en todas las áreas políticas, económicas y sociales para la adopción de las políticas públicas; en el campo laboral, restauración y ampliación, de las instituciones de diálogo social tripartito que fueron eliminadas.
- Revertir el avance en la injerencia del Estado en las relaciones laborales hacia un modelo fundamentado en la promoción de la colaboración de los sectores de la producción en la búsqueda de equilibrios que conduzcan a un mayor bienestar de la familia venezolana.

### **9. ¿Por qué se decidió a ser profesor de Derecho?**

Además de una inclinación al estudio y la investigación del área laboral, por ser la docencia y la investigación una actividad que propiciaba mayor objetividad en el análisis y evaluación del fenómeno laboral en comparación con el litigio o ejercicio profesional, que era la otra vía o camino que se me abría en ese momento, pero el cual, lamentablemente en esta Disciplina, se organiza en dos sectores raramente fusionables: los abogados de empresas o patronos y los abogados de trabajadores y sindicatos

### **10. ¿Cuáles han sido las materias o cursos que más le ha gustado dictar?**

Derecho Laboral y Derecho de la Seguridad Social, esta última fundada por primera vez en la Universidad del Zulia (LUZ) como cátedra obligatoria en el pregrado, en el tiempo en el cual me desempeñé como Profesora de dedicación exclusiva en esa Universidad, a proposición del Departamento de Derecho del Trabajo al cual pertenecía

### **11. ¿Puede dar tres consejos a los jóvenes profesores de Derecho?**

Amar el estudio y la investigación en el área laboral, no sólo sobre la jurisprudencia y la norma, sino sobre los efectos que la regulación en esta disciplina proyecta sobre los seres humanos que trabajan y sus famil-

ias; es un privilegio aportar soluciones que puedan contribuir con el bien común y a través del Derecho Laboral y la Seguridad Social, es posible.

**12. ¿Cuáles lecciones le dejó el período inicial de su carrera profesional?**

Ya antes lo señalaba, mi primer trabajo como Inspectora Adjunta del Trabajo del Estado Zulia, fue a la vez, inicio de la carrera profesional, apenas habiendo aterrizado en mi país luego de los estudios en la antigua y sabia Roma, y continuación del Postgrado formal que acaba de realizar en esa ciudad. Fueron 2 años que me marcaron para bien; allí aprendí lo importante, noble y enriquecedor que puede ser la función de servicio público y experimenté que el equilibrio y el diálogo para lograrlo son los mejores instrumentos en esta Disciplina para abordar el conflicto social

**13. ¿Cuáles han sido las etapas que usted considera más importantes de su actividad profesional?**

Difícil responder; por sus resultados tangibles en corto plazo, los cinco años (1994-1999) como Directora General o Viceministra y luego como Ministra del Trabajo, fueron lo más enriquecedor en mi trayectoria profesional; un trabajo intenso, la posibilidad de llevar a la realidad planteamientos, tesis, ideas, forjadas en los años de docencia, de intercambio en Foros y Congresos, fue verdaderamente emocionante.

Sin embargo, la docencia y a investigación previa, constituyeron la base para que la experiencia administrativa en el Ministerio del Trabajo pudiera ser más productiva.

**14. ¿Cuál aspecto de su trabajo como abogado es el que más ha disfrutado?**

Sin lugar a dudas, mis dos etapas en el Ministerio del Trabajo, primero como Inspector del Trabajo y luego como Viceministro y Ministro del Trabajo.

**15. ¿Puede dar tres consejos para el ejercicio de la profesión de abogado?**

Ética, estudio y respeto por la contraparte y sus abogados.

# Ratio iuris: entre lo ideal y el mito

*Tulio Alberto Álvarez*

## **Sumario**

- I. A manera de introducción
- II. El cuestionamiento del orden jurídico y materia de la Filosofía del Derecho
- III. El modelo kantiano de conformidad a la Ley
- IV. Lo ideal y lo real en clave kantiana
- V. El replanteamiento iusnaturalista
- VI. La mitología iuspositivista. 1) *El mito de la totalidad.* 2). *El mito de la uniformidad.* 3) *El mito de la autonomía.*
- VII. Conclusiones
- VIII. Lista de referencias





## I. A manera de introducción

Tremendo trabajo le espera al que pretenda la sistematización de las corrientes que históricamente han tratado de comprender al pensamiento abstracto, en el ámbito del derecho. Esto lo afirmo con cierto rubor porque, al menos en la grey de los abogados venezolanos, no existe una tendencia definida dirigida a inquirir el “**mejor derecho**” sobre la base de un esfuerzo reflexivo que indague sobre lo propiamente jurídico; en todo tiempo, en cada sociedad. Al contrario, en los pocos casos de promoción de una corriente interpretativa, se presenta como una secuencia de modas que termina, a la larga, en una calcificación normativa. Así me figuro a los juristas, en el mejor escenario criollo, como “**perritos juguetones**” que se “**muerden la cola**” porque no tienen la cabeza metafísica para regalarse un momento de reflexión; aunque tengan una lengua lo suficientemente larga y refractaria para resistir cualquier propuesta de cambio.

En el terreno a veces árido del academicismo jurídico la filosofía del derecho parece una tarea más de filósofos que de abogados y, en algunos foros, éstos han excomulgado la filosofía del derecho<sup>1</sup>. Es lo que llamo el *Juridicismo*. Afirmación harto contradictoria porque me pregunto, en este inicio de la exposición: ¿Cómo se puede profundizar en el estudio, interpretación y aplicación del derecho sin una base filosófica sólida? Pero traer este punto puede ser útil si pretendo resaltar la diferencia entre considerar a la filosofía como un arte animado por “la simpatía” hacia lo jurídico, casi como excusa para reflexionar o argumentar; o, más allá de este límite, partir del hecho de que la *iuris prudentia* puede ser el objeto de una tal filosofía, en la que el esfuerzo de abstracción está dirigido a descifrar los misterios interpretativos del derecho y la utilización de sus fuentes; en función de dirimir controversias y solucionar problemas bajo la premisa de una universalidad histórica.

---

1 Esto lo afirmo recordando a Michel Villey, *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, p. 174.

Y esta no es la única arista que puede hacer sangrar nuestra realidad. Así como lo digo en mis cursos de derecho romano: Se puede ser abogado sin siquiera tener noticias de eso que llamaron derecho quirritario pero, sin su conocimiento integral, jamás podrán ser juristas; de la misma forma, lo recalco aquí con el tema que me ocupa: No hay pensamiento jurídico creador sin cuestionamiento filosófico. Al filosofar el derecho, colocamos en lugar apropiado a una de las actividades más desestimadas en el sistema educativo: Aprendemos a pensar por nosotros mismos, lo que implica una definición conductual. No es que tal aspiración filosófica sea tremendamente pronunciada, en lo que el derecho se refiere; muy por el contrario, no solo está presente en todos los campos y disciplinas que abarca la filosofía, sino que lo están en forma más destacada. De manera que la definición y aplicación del derecho es tan relevante para la sociedad que no se puede dejar esa tarea, en forma exclusiva, bajo el manto de los abogados; a menos que estemos bien preparados para soportar la tragedia de una deshumanización concomitante a la ceguera de lo espiritual y resistencia a la transformación, tan típica en nosotros.

Seamos sinceros, en lo que toca a la aspiración de una Justicia integral, si nos limitamos a respuestas para problemas puntuales o intentar resolver conflictos que quizá nunca encuentren una solución cabal, corremos el riesgo de quedarnos a mitad de camino. Debemos cruzar la frontera de las soluciones que pueda dar una determinada normativa jurídica o las decisiones judiciales, siempre circunvalares y sujetas a crítica, para invadir el terreno de la justificación y existencia misma del derecho. Lo afirmo aquí con vehemencia, en el campo de lo jurídico se encuentran interrogantes que nunca serán definitivamente resueltas.

Inclusive, tengo una convicción: Con el ritornelo argumentativo entre iuspositivismo y el iusnaturalismo se levanta una barrera que impide el objetivo final de precisar el sentido del ideal de Justicia. Pero no por ello se puede ocultar la realidad de la diatriba. Por otra parte, se hace imprescindible la actualización de la discusión. Los temas medulares de la filosofía del derecho son recurrentes desde el inicio mismo de la reflexión filosófica. Pero surgen nuevos conflictos que requieren para su solución de una adecuación modal y una revisión de la realidad actual.

Los autores, las corrientes y las teorías poco aportan si se limitan a retrotraerse a complejos dilemas del pasado o trabajan en una pose intemporal que ignore los problemas reales del presente, los conflictos de este primer tercio del siglo XXI<sup>2</sup>.

Michel Villey resalta lo dificultosa que resulta la tarea de elegir los autores principales en filosofía del derecho y opta por una definición basada en las cuatro concepciones que el mismo demarca sobre la finalidad del derecho: a) El derecho como fin de la Justicia; b) El derecho como la conducta debida tal como es definida por la autoridad pública; c) El derecho como muro protector del individuo o la persona humana contra el Estado; y d) El derecho como promotor de un desarrollo social que debe ser administrado<sup>3</sup>. El cumulo de fines anteriormente delineados puede asimilarse a la metodología que propongo desde ya, como definición previa en este trabajo; y que parte de la problemática jurídica.

A tal dificultad debo agregar la contraposición originaria entre iuspositivismo y iusnaturalismo; advirtiéndome que el término positivismo no es unívoco, por lo que surge la necesidad de establecer un parámetro. Aquí lo fijo en la prescindencia de toda fuente que no sea el exclusivo reconocimiento de las normas creadas en forma voluntaria por la autoridad del Estado, sin pretender acudir a otro estatuto u orden valorativo. Por supuesto, lo que resultaba sencillo en el siglo XX, ante la abierta contradicción y el predominio de tendencias que excluían la configuración de lo humano como criterio de validación, resulta harto complejo por la metamorfosis del modelo originario que hoy, basado en la diferenciación entre creación y ejecución de la norma, admite cierta flexibilidad de la regla de derecho en el momento de su aplicación.

Si a esto se le agrega la propia reelaboración del derecho natural, tan vinculado a la vigencia del estatuto universal de derechos humanos, al cual concibo cercano a un ideal de armonía que se hace fundamento del

---

2 Un sentido que destaca Christian Atias, *Philosophie du Droit*, p.p. 13 y ss.

3 Cfr. Michel Villey, *Philosophie du droit*; específicamente, la primera sección del Tomo I, en la que se desarrolla la concepción del derecho, su objeto y sus fuentes.

orden jurídico más que a una identidad de valores predominantes en la sociedad que por definición deben ser cambiantes; entonces, se complica la tarea de sistematización de las corrientes y el establecimiento de criterios de diferenciación.

Resulta contradictorio plantear los dominios filosóficos y jurídicos como compartimientos estancos; como si la filosofía fuera simple especulación y el derecho fría relación de normas con sustrato lógico. Ni bajo la indagación histórica, ni elevados por la reflexión teológica, precursora y reveladora de una naturaleza de lo humano que signa cualquier regulación social, podríamos llegar a esa conclusión. En todo derecho existe una base filosófica; así como la filosofía implica una introspección vital que se dirige a la verificación de una fenomenología singular según normas jurídicas.

A pesar de todas las dificultades, la filosofía del derecho no solo tiene vigencia en Venezuela sino que lo está con alguna plenitud por la extraordinaria colaboración de las escuelas de filosofía y los filósofos; además del aporte de juristas, aquellos que no se han dejado vencer por la dictadura de la praxis, la mayoría acantonados en las universidades. No digo que se hayan construido aquí sistemas metafísicos, sólidos y coherentes; lo que sí afirmo es que, ante la desfiguración de los principios, focalizada en la acomodaticia interpretación que vienen aplicando los tribunales y la flagrante violación de derechos humanos en Venezuela, nace una sed de Justicia que se traduce en una búsqueda, un deseo de encontrar algo más que justificaciones y salidas marcadas por el vaivén político de las controversias.

La vanguardia de irracionalidad que pretende disfrazar la violencia instigada por un aparato represivo y malhechor ha montado con sus sentencias un Estado Aoristo que se basta a sí mismo y que se desvía de la conceptualización inicial del Estado Democrático, la misma que se apoyaba en la perspectiva que privilegia al ser humano y su humanidad

frente a cualquier estructura de poder<sup>4</sup>. El aparato interviene permanentemente en todas las facetas de la vida social y el ciudadano se siente indefenso ante el “**Reino del Pensamiento Único**” que incluye con voracidad y preferencia al propio Poder Judicial. Tanta impunidad activa la consciencia jurídica y acciones que deben ser canalizadas por el esfuerzo especulativo de una generación formada en la rectitud del pensamiento filosófico.

De la previsión de esa respuesta surge el esfuerzo por determinar las bases metodológicas y sustantivas, lo que implica revisar la diversidad de corrientes en el largo camino recorrido por la filosofía del derecho. La escogencia de una clasificación de pensadores y teorías podría ser decisiva en el trayecto intelectual ya que traza una vía, una dirección, una línea que guía la reflexión. Pero hay que ser cauteloso con conformarnos con una cronología porque no se trata de una simple sucesión en el tiempo sino de comprender que, en la mayoría de los casos, sea por seguimiento u oposición, la obra de un filósofo perfecciona la de sus predecesores. ¿Cómo comprender un Tomás de Aquino sin Aristóteles? Lo mismo sucede con la filosofía moderna y el hito que marcó la obra de Kant.

Insisto, hay que cuidar la selección y la secuencia. Esta puede convertirse en tarea hercúlea de presentación de ideas, problemas y teorías, la cual rebasa mi propia capacidad, si no defino dos propuestas iniciales: La primera, más que tradicional y convencional, se presenta al contraponer al iusnaturalismo, reivindicado en su esencia, con el iuspositivismo, hoy metamorfoseado por el ánimo de superar los tremendos baches que originó su propia sistematización; lo que deriva en un reagrupamiento singular de esa pluralidad en dos paradigmas que fungirán como instrumentos de control<sup>5</sup>. La otra, dirigida a reconocer que tal diversidad, en

---

4 Sobre clarificación de este término en la definición de un Estado de Justicia se puede revisar mi obra *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Tomo I, pp. 202 y ss.

5 Insisto que esta es solo una opción metodológica porque no es mi objetivo confrontar iuspositivismo con iusnaturalismo. Considero tal contraposición implicaría un distanciamiento en la reflexión sobre el ideal de Justicia; al tiempo que, lo más

realidad y en síntesis apretada, se puede reducir a un problema semántico. En palabras sencillas, más que diferentes paradigmas de filosofía del derecho, se trata de modelos similares que contrastan por la utilización de términos y categorías distintas, en el ejercicio del legítimo derecho de los autores por demostrar cierta originalidad.

Sean ciertas o falsas las hipótesis anteriores, se facilitara la labor de relacionar las teorías; lo que, al final, será lo metodológicamente relevante. Partiendo de la imposibilidad de oponer filosofía y derecho, solo queda precisar si la mayoría de los conflictos derivan de un aparente enfrentamiento entre “*filosofías del derecho*” impulsadas por la pluralidad de teóricos en busca de su propia singularidad. Entonces, antes que hacer una exposición de las filosofías destacadas, surgiría la opción de presentar una reflexión sobre los problemas típicos en la filosofía del derecho.

## II. El cuestionamiento del orden jurídico y materia de la Filosofía del Derecho

En mi opinión, la línea común de las diversas filosofías del derecho está trazada para marcar la necesidad de despejar las innumerables incógnitas que surgen en la indagación de la razón pura, lo que resumo en lo *Problematicus iuris*. Entonces, la determinación de los temas cumplirá una doble función que identificará, en primer lugar, la plena y sistemática comprensión de lo jurídico; diferenciando la búsqueda de la razón aplicada a la moral, campo dilecto de la filosofía moral. La otra se dirige a la constatación de que las particularidades del derecho, ocupación preferente de los abogados que entienden su labor como un mero instru-

---

grave, estaría nivelando una actividad especulativa con la observación fenomenológica, lo que me está vedado por razones de lógica y espacio. Sin embargo, cabe resaltar que, tal como lo destaca Georges Del Vecchio (Cfr. *Leçons de Philosophie du Droit*), la necesidad de estudiar si las formas jurídicas existentes son igualmente justas, si la autoridad tiene derecho a ejercer ese poder de gobernar, se manifiesta ya en los pensadores de la antigüedad, y la filosofía del derecho comienza precisamente con la antítesis de Justicia natural y de Justicia legal.

mento de solución de conflictos, no permiten descifrar plenamente el camino de la Justicia integral como valor universal.

El día a día de la aplicación normativa puede velar el entendimiento y un reposado análisis dirigido a definir lo trascendente; lo que impide superar las trabas del derecho positivo en el establecimiento de un ideal de Justicia que permitirá el cuestionamiento con miras a su perfeccionamiento. El derecho siempre estará en formación, acompasando la evolución cultural de los pueblos y las cambiantes necesidades de la naturaleza humana; en consecuencia, al realizar la norma en forma positiva, se produce un freno que puede llevar a la calcificación referida en la introducción. No es por azar que el auge de la filosofía del derecho, en el siglo XX, el esfuerzo por desarrollar un pensamiento exhaustivo y abstracto en torno a los problemas jurídicos, haya tenido como detonante la moda iuspositivista y su incapacidad para resolver los problemas que el propio juridicismo, a ella inscrita, había creado.

De esta forma, la definición de un contenido de la filosofía del derecho se corresponde con la noción kantiana que identifica la pregunta **quid ius?**, como conceptualización general de lo que es el derecho, lo que deriva en la aplicación de la razón pura al mismo; en contraste con la aplicación de la razón práctica, implícita en la otra pregunta **quid iuris?**, la que limita el campo a lo establecido por el derecho en el marco de un determinado sistema, en el pasado (**quid fuit?**) o en el presente (**quid sit?**). En esta última secuencia **quid iuris - quid sit** es que puede florecer ese **juridicismo** pernicioso que somete los aspectos sustanciales a la mera forma.

Fijémonos que la tarea de captar al derecho en su integridad lógica, tratando de definir sus elementos esenciales en todo sistema y tiempo, supone la aceptación de su connotación como fenómeno social y humano de carácter universal. Pero también esa búsqueda es coincidente con la determinación de la existencia de “**valores morales objetivos**” en dirección a “**procurar la paz y el bienestar**”, esfuerzo que se ha asumido para enfocar al derecho natural desde una nueva óptica que implica la revisión de “**las cuestiones de siempre en torno al bien y el mal**”; en un sentido,

quizás utópico, de la conformación de una comunidad mundial, tal como lo ha propuesto la Iglesia Católica<sup>6</sup>. Superar la particularidad de los sistemas jurídicos trabajando su historicidad es una de las metas de la filosofía del derecho; como lo ha sido siempre, desde los tiempos en que se identificaba académicamente, en las universidades, con la denominación “**Cátedra de Derecho Natural**”.

En el plano teológico se produce un fenómeno similar y coincidente en tiempo. Ubicado al final del siglo XIX aparece un movimiento que ha sido calificado por numerosos autores como uno de los “**fenómenos más significativos para quien quiera analizar la transformación profunda que tuvo lugar en la Iglesia entre los siglos XIX y XX**”<sup>7</sup>. Ese modernismo que pretendió el encuentro entre el creyente y la modernidad, si lo asumimos en forma benévola, nos plantea el problema de la historicidad del cristianismo y, en consecuencia, algo más profundo, la posibilidad de adaptación a las coyunturas y contextos históricos. Por supuesto, en temática tan delicada, no podía dejar de aparecer una visión menos benigna o intransigente que llegó al punto de considerar a esta tendencia como una peligrosísima enemiga de la Iglesia.

Conflicto que viene a colación por el hecho de que, aunque la idea del derecho natural aparece antes del nacimiento del cristianismo, la verdad es que, con el influjo de fraternidad inherente a la revelación definitiva, esa idea se hace realidad y se constituye en el fundamento de una dogmática de lo humano. Y la representación de ese estatuto que fue tan vinculado a lo sobrenatural sufrió, en el mismo periodo, una crisis similar de identidad. Pero los tiempos transforman criterios y apreciaciones; y los excesos colaboran en este sentido. Muchas de las objeciones hechas a los modernistas en el pasado, hoy son pacíficas tesis teológicas e, inclusive, no puede dejarse a un lado que la dirección que ha asumido la Iglesia después del Concilio Vaticano II se asemeja a propuestas que

---

6 Cfr. Documento *A La Recherche D'une Ethique Universelle: Nouveau Regard Sur La Loi Naturelle*, elaborado por la Comisión Teológica Internacional.

7 Cfr. Maurizio Guasco, *Modernismo. I fatti, le idee, i personaggi*. Milán: Edizioni San Paolo S.R.L., 1995, p. 22.



previamente fueron rechazadas. Lo mismo sucede con el derecho natural, hoy plenamente reivindicado. Y aquí justifico la elección del caso francés como modelo de significación de este proceso de transformación de la doctrina eclesial.

Pierre Colin estrena su libro de *L'audace et le soupçon* enfatizando la diversidad de causas que perturbaron al catolicismo francés de principios del siglo XX y resaltando los efectos acumulativos de las mismas.<sup>8</sup> Sin embargo, el concreta su análisis en dos eventos principales: El primero, vinculado al impacto del plan político que consolidó la separación de Iglesia y Estado, ejecutado mediante la ley dictada por el Estado francés el 9 de diciembre 1905<sup>9</sup>; y, en el plano intelectual, lo que denomina la crisis modernista.

Lo interesante es que, en este último aspecto, se vincula al modernismo con otros movimientos políticos, sociales, intelectuales que se planteaban nuevos problemas; aquellos que la sociedad francesa debió encarar con el inicio de la Primera Guerra Mundial. De manera que el horizonte modernista es mucho más amplio que el ámbito teológico; esto, sin dejar de afirmar que ***“la historia del modernismo es ante todo la historia de los modernistas, frase y concepto a menudo repetidos. Pero sobre todo diría que también es la historia de muchas personas que han experimentado, después de la gran primavera social de los años de León XIII, la esperanza de volver a vivir algo análogo en las ciencias eclesiásticas”***<sup>10</sup>.

La aclaratoria puede ser de especial relevancia ya que autores como Marina resaltan la necesidad de someter a una comprobación racional los problemas relacionados con la fe; y como la diferenciación de los domi-

---

8 Cfr. Pierre Colin, *L'audace et le soupçon. La crise du modernisme dans le catholicisme français 1893 – 1914*. Paris: Desclée de Brouwer, 1997.

9 La que se concretó mediante la aprobación de la *Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État*, publicada en el Journal officiel del 11 du décembre 1905), al establecer en su artículo 1° que *“La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public”*.

10 Maurilio Guasco, *Ibidem.*, p. 17.

nios dificulta o impide ese esfuerzo<sup>11</sup>. La pretensión de la ciencia a descartar lo no verificable se encuentra en conflicto con un hecho científico: toda construcción del pensamiento humano tiene como base un principio axiológico que no está sujeto a comprobación pero del cual pueden surgir conclusiones revestidas de una profunda racionalidad. Adosada al pensamiento modernista se encuentra esta problemática.

No fue un producto del azar que Colin fijara el cese de la vigencia del fenómeno modernista en 1914. A pesar de tal concreción, considero que tuvo un efecto expansivo, aunque silencioso, más allá del tiempo de apariencia modal. Y el impacto de estos cuestionamientos se refleja en la discusión sobre temas de interés vital para la Iglesia, como sería la relación **fides - ratio**; y **natural - sobrenatural**. Escenario que obliga a una reelaboración teológica y antropológica del todo novedosa, quizás perseguida, finalmente reivindicada por el movimiento conciliar.

De manera que la temática teológica y jurídica se ubica en un teatro de operaciones similar, al inicio del siglo XX. Escenario legítimo porque el derecho es una derivación necesaria de la naturaleza humana y, en esta, el sentido de trascendencia es uno de sus elementos inherentes<sup>12</sup>.

---

11 Cfr. José Antonio Marina, *Dictamen sobre Dios*; específicamente, el capítulo III: El Círculo Sagrado y el Círculo Profano. Él se apoya en Popper para concluir que la ciencia es un tipo de fe, fe en la razón. Lo que me hace recordar lo que dijo Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832), *Zahme Xenien* [Poesías Póstumas, IX], *Wer Wissenschaft und Kunst besitzt, Hat auch Religion; Wer jene beiden nicht besitzt, Der habe Religion*; algo así como que "quien posee Ciencia y Arte también tiene Religión; quien no posee una ni otra, ¡Tenga Religión!" En lo personal, comparto que existe una cierta tensión entre fe y razón; lo que explica que, para algunos, mientras más capacidad de racionalizar se tiene, mayor puede ser el riesgo de distanciarse de la fe por no contar con los elementos para someter las creencias a una comprobación. Esta es una típica advertencia que nos hacen a los que estudiamos teología.

12 En este sentido, es relevante la afirmación de Georges Del Vecchio, *Leçons de Philosophie du Droit*, p. 6, en cuanto a que el problema del derecho natural coloca en discusión un verdadero análisis científico del derecho positivo. Lo que deriva en su consideración de que la filosofía del derecho es, en un cierto sentido, más antigua que la ciencia misma del derecho. Destaca que el nombre de filosofía del derecho es relativamente reciente; y que el nombre antiguo y clásico de nuestra disciplina había sido *jus naturale*, *jus naturalis scientia*, derecho natural. El término

La filosofía del derecho no puede desvincularse de su influjo teológico y la insurgencia del derecho natural es el mejor ejemplo de tal afirmación.

Tomando en consideración este ascendiente, una teoría del derecho basada en la razón pura necesariamente desarrollara los siguientes aspectos:

- 1) El concepto universal de derecho, lo que implica una reflexión sobre los fenómenos de autoridad que le dan origen, la tendencia natural a la sociabilidad que le da vigencia y la coercibilidad como la marca característica que lo diferencia del campo normativo religioso y moral. Atias afirma que filosofando sobre el derecho, juristas y filósofos se interrogan sobre la naturaleza orígenes y efectividad del derecho. Algunos buscan fundamentar el derecho, explicar el por qué debemos obedecer y acatarlo, dar las razones para adecuarnos a las prescripciones jurídicas<sup>13</sup>. Otros opinan que la cuestión del fundamento del derecho es un problema puramente ético que no tiene sentido sino dentro de una perspectiva moralista e ideológica. Ahora bien, la filosofía del derecho precisa del conocimiento de los fenómenos consustanciales a la aplicación del derecho positivo, mediante la jurisprudencia, para lograr una cabal comprensión de su universalidad bajo un ensayo de lo justo en concreto (**quod iustum est**). Al

---

filosofía del derecho se encuentra implícito en los autores antiguos; mas, es en los últimos dos siglos en los que la denominación de filosofía del derecho se impone sobre la antigua; y esto es así por una razón que conviene comentar. Al inicio del siglo XIX, una fuerte reacción se produce contra el derecho natural y, en general, contra las tendencias especulativas o metafísicas del pensamiento. Se consideraba que la filosofía del derecho debía estudiar, no el ideal abstracto, sino solamente el real concreto, el hecho histórico y positivo del derecho. Este cambio de tendencia estaba en parte justificado, porque los viejos autores de *jus naturale* afrontaban una grave laguna, olvidando el estudio del quehacer histórico y abusando de la metafísica sin esfuerzo de discernimiento y fuera de propósito.

13 Cfr. Christian Atias, *Ibidem*, p. 16.

mismo tiempo, juega el rol de una disciplina arquitectónica, en palabras de Michel Villey<sup>14</sup>.

- 2) La imprescindible definición de una **ratio legis** (razón de ser de la Ley) que posibilite el proceso hermenéutico; no solo en la interpretación del derecho sino también en la resolución de controversias, dilemas morales, conflictos normativos y la superación de las lagunas que son consustanciales a todo sistema vinculado a la sociabilidad humana. Esto implicará la conformación de una **ratio decidendi** (razón de decidir) como conjunto de principios y reglas que encuentran en aquella su sustrato. Vale aclarar que el término **ratio iuris**, utilizado para titular este artículo, es mucho más complejo, omnicompreensivo y universal, en lo que a lo jurídico toca.
- 3) El sentido de la Justicia integral que emana del derecho natural como patrón de validación del orden jurídico, lo que implica explorar el deber ser del derecho y el cuestionamiento del orden jurídico positivo. De manera que la filosofía del derecho es francamente renovadora y está absolutamente desvinculada de una intención de consolidar un determinado orden jurídico. El desarrollo histórico del derecho muestra una aproximación progresiva del mismo al ideal de Justicia; pero ¿es posible una definición integral de la misma? Interrogante que nos lleva a plantear que la resolución de los conflictos siempre estará sesgada por la prevalencia de los poderosos que la manipulan en resguardo de sus propios intereses; o que el Estado la desfigura para imponerse sobre la libertad de los ciudadanos; o, simplemente, por la incapacidad, parcialidad o politización de aquellos que deban aplicarla.

---

14 Michel Villey exige a la filosofía como disciplina arquitectónica que juegue el rol de determinar el dominio del derecho frente a la moral, la política, la economía y, en general, ante la multiplicidad de ciencias; de definir el derecho (*quid jus*); el fin de la actividad jurídica; y discernir las fuentes específicas del derecho y lo que le es propio al método de la ciencia jurídica, en relación con los otros métodos y las otras fuentes. En *Philosophie du droit* (Tomo I), p. 28.

- 4) La verificación de los contrastes entre autoridad y libertad, adentrándonos en la verificación de esta última como valor que sustenta al Estado moderno y como hecho de la razón práctica; es decir, de la razón aplicada a la moral. El derecho como un todo, su razonamiento, las decisiones que lo componen, no es independiente de la libertad que debe preservar como clave final de su legitimidad.
- 5) La calibración del equilibrio entre libertad e igualdad, lo que nos lleva del plano en que el ser humano se topa con el aparato estatal a otro, también complejo, en el que se confronta con sus congéneres, por lo que resulta vital definir una fórmula de convivencia. ¿Somos iguales, en realidad? ¿Por qué estamos entonces separados? ¿El derecho tiene que tratar necesariamente a todos como iguales o tiene que privilegiar la protección de los que no se pueden defender? Y, de hacerlo así, ¿no estaría alzándose con la libertad de unos como costo por garantizar la equiparación de los otros desiguales?
- 6) El análisis y solución de los problemas de siempre que relacionan a la filosofía con el derecho y la política: La imbricación Estado - Sociedad; la definición de los regímenes políticos sobre la base de los valores de libertad y vida, lo que implica la determinación de la esfera de lo público y la reflexión sobre la legitimidad democrática; el concepto de Justicia distributiva y la contradicción que surge de visualizar a las minorías que deben ser protegidas y el ideal de una ciudadanía universal; la progresividad y el carácter expansivo de los derechos humanos; las diversas perspectivas de la libertad y la libertad negativa, al tiempo del planteamiento singular de cómo la democracia proyecta unas aspiraciones en torno a la libertad que no puede satisfacer realmente; la complejidad de la idea de igualdad; y la opresión en todas sus formas con el correlativo estudio de la justificación de la desobediencia civil.

- 7) El análisis y solución de los problemas novedosos que aquejan a las sociedades, como el equilibrio ecológico, aquellos de índole moral que surgen por el desarrollo acelerado de las biotecnologías, las amenazas del terrorismo, el crimen organizado y las nuevas formas de violencia, causantes de “*una preocupación presente que interpela a toda la humanidad*” ante una organización política nacional que se ve desbordada y que nos lleva a pensar en sociedades bajo una dimensión planetaria, requiere una “*urgente reflexión ética y política de rango universal*”<sup>15</sup>. La bioética puede trastocarse en aberración iuspositivista sin el auxilio de los principios universales que emanan de la propia naturaleza humana.

La anterior relación solo es un ensayo tentativo de lo que califico como lo *Problematizcus iuris*. Pero ninguna enumeración puede ser cerrada, más si asumimos nuestra necesidad de trabajar ese ideal del derecho para alcanzar alguna plenitud del sentido de Justicia. Además, la filosofía del derecho tiene otras utilidades; especialmente, como apoyo intelectual<sup>16</sup>. Me explicaré retrotrayendo el análisis al representante por antonomasia de la especulación, un maestro del discurso; no puede ser otro que Emmanuel Kant (1724-1804).

### III. El modelo kantiano de conformidad a la Ley

La filosofía no cesa de pensar en el derecho; si no desde Kant, porque los lejanos Platón y Aristóteles dieron lo suyo como también los pensadores cristianos más relevantes, por lo menos a propósito de él. No es mi objetivo desarrollar un autor en particular, mucho menos si la referencia es al sistema de pensamiento Kantiano; pero, si la propuesta metodológica que presenté anteriormente pretende destacar el reagrupa-

---

15 Esta problemática ha sido presentada por la Iglesia como el reto de adecuación del derecho natural a estos tiempos, tal como lo resalto en mi estudio “La Ley Natural como patrón del orden justo”. *FRONESIS: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política del Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. M. Delgado Ocampo de la Universidad del Zulia*. Volumen N° 16, N° 3 (2009), p. 469.

16 Punto que será desarrollado en el aparte 4 de este artículo.

miento de un “*iusnaturalismo reivindicado*” como factor de diferenciación, nadie más oportuno que él. Además, en la cátedra de filosofía del derecho, coloco al paradigma kantiano como límite o frontera de los dos niveles que imparto. Ejemplificaré<sup>17</sup>.

Plantearnos la libertad, al mejor estilo kantiano, lleva a la conclusión de que la verdadera libertad es autonomía (Composición del griego *nomos* que significa “ley” y *autos* que significa “propio”, propia ley) y un deber dictado por la razón, lo que implica seguir una ley moral totalmente independiente de circunstancias exteriores. Los deseos, las tendencias de nuestra sensibilidad, la búsqueda de bienestar, colocan al ser humano dentro de la heteronomía (Composición del griego que incluye *hetero* que significa lo “distinto”, otra ley); en el sentido de una voluntad

---

17 Todo comienzo obliga a clarificar los conceptos y si el objetivo es presentar algunas visiones del pensamiento jurídico en función filosófica se hace indispensable discriminar, tal como lo hizo Kant en la *Metafísica de las Costumbres*: “*Todo conocimiento racional, o es material y considera algún objeto, o es formal y se ocupa tan sólo de la forma del entendimiento y de la razón misma, y de las reglas universales del pensar en general, sin distinción de objetos. La filosofía formal se llama lógica; la filosofía material, empero, que tiene referencia a determinados objetos y a las leyes a que estos están sometidos, se divide a su vez en dos. Porque las leyes son, o leyes de la naturaleza, o leyes de la libertad. La ciencia de las primeras llámase física; la de las segundas, ética; aquélla también suele llamarse teoría de la naturaleza, y ésta, teoría de las costumbres. La lógica no puede tener una parte empírica, es decir, una parte en que las leyes universales y necesarias del pensar descansen en fundamentos que hayan sido derivados de la experiencia; pues, de lo contrario, no sería lógica, es decir, un canon para el entendimiento o para la razón, que vale para todo pensar y debe ser demostrado. En cambio, tanto la filosofía natural como la filosofía moral, pueden tener cada una su parte empírica, porque aquélla debe determinar las leyes de la naturaleza como un objeto de la experiencia, y ésta, las de la voluntad del hombre, en cuanto el hombre es afectado por la naturaleza; las primeras considerándolas como leyes por las cuales todo debe suceder, aunque, sin embargo, se examinen las condiciones por las cuales muchas veces ello no sucede. Puede llamarse empírica toda filosofía que arraiga en fundamentos de la experiencia; pero la que presenta sus teorías derivándolas exclusivamente de principios a priori, se llama filosofía pura. Esta última, cuando es meramente formal, se llama lógica; pero si se limita a determinados objetos del entendimiento, se llama entonces metafísica. De esta manera se origina la idea de una doble metafísica. Una metafísica de la naturaleza y una metafísica de las costumbres. La física, pues, tendrá su parte empírica, pero también una parte racional; la ética igualmente, aun cuando aquí la parte empírica podría llamarse especialmente antropología práctica, y la parte racional, propiamente moral*”. Emmanuel Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, pp. 61 y 62.

no determinada por su razón. Esta temática confirma la diferenciación entre derecho y moral, lo que obliga a plantear la discusión desde la perspectiva de confrontación del deber y la ley moral.

El deber, lejos de oponerse a la libertad, asegura al ser humano su dignidad y autonomía. Siguiendo la ley moral un imperativo categórico, ya que es un deber absoluto que se nos impone, respeta su propia personalidad. Esta es una noción que lo asocia a la voluntad libre. La sociedad ideal es la del “reino de los fines”, en la que todos los miembros siguen la ley moral; y, de esta forma, se garantiza la pertenencia al dominio de la razón y el respeto de la dignidad humana. En sus propias palabras:

*“Y así son posibles los imperativos categóricos, porque la idea de la libertad hace de mí un miembro de un mundo inteligible; si yo no fuera parte más que de este mundo inteligible, todas mis acciones serían siempre conformes a la autonomía de la voluntad; pero como al mismo tiempo me intuyo como miembro del mundo sensible, esas mis acciones deben ser conformes a la dicha autonomía. Este deber categórico representa una proposición sintética a priori, porque sobre mi voluntad afectada por apetitos sensibles sobreviene además la idea de esa misma voluntad, pero perteneciente al mundo inteligible, pura, por sí misma práctica, que contiene la condición suprema de la primera, según la razón; poco más o menos cómodo a las intuiciones del mundo sensible se añaden conceptos del entendimiento, los cuales por sí mismos no significan más que la forma de ley en general, y así hacen posibles proposiciones sintéticas a priori, sobre las cuales descansa todo conocimiento de una naturaleza”<sup>18</sup>.*

La cita anterior refleja una conceptualización del derecho, inteligible y empírica. Aparece una crítica moral del deber y del imperativo categórico en que se ejerce la libertad. De manera que el problema más complejo de la humanidad será asegurar el máximo de libertad con un mínimo de limitaciones. Esta maximización de la libertad será el imperativo del derecho pero, al unísono, su contradicción moral interna:

---

18 Emmanuel Kant, *Ibidem*, p. 150.



*“Todos los hombres se piensan libres en cuanto a la voluntad. Por eso los juicios todos recaen sobre las acciones consideradas como hubieran debido ocurrir, aun cuando no hayan ocurrido. Sin embargo, esta libertad no es un concepto de experiencia. Y no puede serlo, porque permanece siempre, aun cuando la experiencia muestre lo contrario de aquellas exigencias que, bajo la suposición de la libertad, son representadas como necesarias. Por otra parte, es igualmente necesario que todo cuanto ocurre esté determinado indefectiblemente por leyes naturales, y esta necesidad natural no es tampoco un concepto de experiencia, justamente porque en ella reside el concepto de necesidad y, por tanto, de un conocimiento a priori. Pero este concepto de naturaleza es confirmado por la experiencia y debe ser inevitablemente supuesto, si ha de ser posible la experiencia, esto es, el conocimiento de los objetos de los sentidos, compuesto según leyes universales. Por eso la libertad es sólo una idea de la razón, cuya realidad objetiva es en sí misma dudosa; la naturaleza, empero, es un concepto del entendimiento que demuestra, y necesariamente debe demostrar, su realidad en ejemplos de la experiencia.*

*De aquí nace, pues, una dialéctica de la razón, porque, con respecto a la voluntad, la libertad que se le atribuye parece estar en contradicción con la necesidad natural; y en tal encrucijada, la razón, desde el punto de vista especulativo, halla el camino de la necesidad natural mucho más llano y practicable que el de la libertad; pero, desde el punto de vista práctico, es el sendero de la libertad el único por el cual es posible hacer uso de la razón en nuestras acciones y omisiones; por lo cual ni la filosofía más sutil ni la razón común del hombre pueden nunca excluir la libertad. Hay, pues, que suponer que entre la libertad y la necesidad natural de unas y las mismas acciones humanas no existe verdadera contradicción; porque no cabe suprimir ni el concepto de naturaleza ni el concepto de libertad.*

*Sin embargo, esta aparente contradicción debe al menos ser deshecha por modo convincente, aun cuando no pudiera nunca concebirse cómo sea posible la libertad. Porque si el pensamiento de la libertad se contradijera a sí mismo o a la naturaleza, que es igualmente necesaria,*

*habría que abandonarlo por completo en favor de la necesidad natural”<sup>19</sup>.*

Hay que resaltar que el deber moral es una obligación imperativa más interna, *in foro interno*; mientras que la legislación implica una fuerza que constriñe y actúa exteriormente, *in foro externo*<sup>20</sup>. Tal como Kant lo indica en su *Filosofía del Derecho*, subtitulada como una exposición de los principios fundamentales de jurisprudencia como ciencia del derecho, al oponer la ley natural y la ley positiva, esta última no se hace obligatoria sin una legislación externa que, impuesta por la autoridad, pueda someter la voluntad humana<sup>21</sup>. La sustancia de la ley natural que, a su vez, funda la ley positiva, no es otra que la libertad, como condición que posibilita la moral y el derecho; y la finalidad de este último es garantizar esa libertad. Entonces, la libertad efectiviza la coerción que la realiza. Son dos puntos de vista de máximo alcance:

*“Pero es imposible evitar esa contradicción si el sujeto que se figura libre se piensa en el mismo sentido o en la misma relación cuando se llama libre que cuando se sabe sometido a la ley natural, con respecto a una y la misma acción. Por eso es un problema imprescindible de la filosofía especulativa el mostrar, al menos, que su engaño respecto de la contradicción reposa en que pensamos al hombre en muy diferente sentido y relación cuando lo llamamos libre que cuando lo consideramos como pedazo de la naturaleza, sometido a las leyes de ésta, y que ambos, no sólo pueden muy bien compadecerse, sino que deben pensarse también como necesariamente unidos en el mismo sujeto; porque, si no, no podría indicarse fundamento alguno de por qué íbamos a cargar a la razón con una idea que, si bien se une sin contradicción a otra suficientemente establecida, sin embargo, nos enreda en un*

---

19 Ídem, pp. 151-152.

20 Cfr. Jean-Cassien Billier y Aglaé Maryioli, *Histoire de la Philosophie du Droit*, p. 115.

21 La referencia aparece en el capítulo IV de la parcial reproducción de la Filosofía del Derecho que conforma una selección de trabajos publicados en *The Great Legal Philosophers*, pp. 240-241.

*asunto por el cual la razón se ve reducida a grande estrechez en su uso teórico”.*

La relación que establece el criticismo kantiano entre moral y derecho comprende las autonomías cruzadas de esas dos esferas. La forma pura de la moral requiere solamente actuar por deber con exclusión de todo motivo empírico: la moralidad de la acción es puramente interna, definida por una estricta autonomía de la voluntad excluyendo toda heteronomía; el derecho es lo contrario, se alimenta de la legalidad de las acciones y no de su moralidad<sup>22</sup>. El derecho no reclama más que la legalidad; es decir, una obediencia externa a las leyes, sin pretender una intención virtuosa en el respeto a las reglas<sup>23</sup>.

---

22 Aspecto destacado por Billier, ídem.

23 No obstante, el mismo Kant se cuida de advertir que el equilibrio crítico debe evitar dos emboscadas intelectuales: Una sería la de separar derecho y moral, lo que derivaría en el riesgo de terminar en una conceptualización cínica de la autonomía del derecho; la otra, estaría en la dirección de confundir ambos campos, llevando a una dependencia del derecho a la moral que derivara en el riesgo de despotismo. La realidad lacerante para el iuspositivismo ha sido que la absoluta separación del derecho de parámetros morales o, en mi propio código lingüístico, de un patrón de validación, ha degenerado en las aberraciones más bochornosas. El ejemplo dilecto que coloco fue la dudosa vigencia de un Estado de Derecho Nacionalsocialista, formulado por un aparato represivo sin frenos y contrapesos; y unos “juristas del horror” que entendían al sistema jurídico como cerrado a toda experiencia trascendente y, muy especialmente, despojado de toda humanidad. La consecuencia de tal holocausto normativo hubiera sido la absoluta impunidad; en el supuesto de que los elementos de juicios se hubieran basado en particularidades del derecho con visos positivistas. ¿Cómo juzgar a los personeros nazis sin previa tipificación de los crímenes de lesa humanidad que cometieron? ¿Qué tribunal debía juzgarlos? ¿Aceptar la constitución del Tribunal de Núremberg no fue una lesión profunda a la prohibición de crear tribunales de excepción? Tendrían que aplicarse los principios fundantes de la comunidad internacional, el *ius gentium* más añejo, derecho natural en su máximo grado de pureza, para sacar de tal apuro a los que negaban la existencia de un estatuto particular y superior al orden jurídico positivo del Estado. El otro aspecto de la confusión entre moral y derecho, no menos tendencioso a lo totalitario ante una política moral que tratará de perfeccionar a los seres humanos en contra de su propia voluntad, podría ejemplificarlo con el fundamentalismo islámico o la ortodoxia judaica, materias en las que considero no hace falta mayor extensión para una comprensión cabal de los riesgos.

Pero tal definición no fue pacífica, tal como lo revela la polémica con Christian Garve (1742-1798), quien oponía los deberes jurídicos con los deberes de consciencia en su obra *Versuche über verschiedene Gegenstände aus der Moral* (*Ensayos sobre los diversos sujetos de moral*, 1792), lo que se traduce en una teoría de la autonomía del derecho y de la política con respecto a la moral que Kant calificaría como amoral y pragmática; o la crítica de Ludwig Feuerbach (1804-1872), partiendo de la unidad entre deber - tendencia y la reducción del primero a la última, quien parece heredero de la visión de Garve<sup>24</sup>.

La superación de estos peligros la intenta Kant, en esa especie de tercera alternativa que propone en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, considerando a la moral como doctrina de derecho. Con la teoría de los deberes a la que he hecho referencia, da una serie de propuestas que es preciso presentar:

- 1) El deber es una voluntad plena que no depende exclusivamente de una buena motivación o voluntad.
- 2) Una acción hecha por deber tiene su valor moral, no en el propósito que por medio de ella se quiere alcanzar, sino en la máxima por la cual ha sido resuelta; no depende, pues, de la realidad del objeto de la acción, sino meramente del principio del querer, según el cual ha sucedido la acción, prescindiendo de todos los objetos de la facultad del desear.
- 3) El deber es la necesidad de una acción por respeto a la ley. Es aquí que Kant centra su teoría de los deberes, a saber la parte racional y pura de una ciencia de las costumbres que debe comprender al derecho, consolidando el punto de esta forma:

---

24 En este punto se puede revisar el trabajo de Manuel Cabada Castro, *Feuerbach y Kant: dos actitudes antropológicas*, p. 132. En cuanto a la conclusión en sí misma, Feuerbach lo indica con singular claridad: "...también el pensamiento, en cuanto tal, está presente en todas nuestras acciones y afecciones, incluso en las puramente sensibles..."; expresión que aparece en Ludwig Feuerbach, *Sämmtliche Werke*, Leipzig: Berlag von Otto Wigand, 1866.

*“Por el objeto, como efecto de la acción que me propongo realizar, puedo, sí, propongo realizar, puedo, sí, tener inclinación, más nunca respeto, justamente porque es un efecto y no una actividad de una voluntad. De igual modo, por una inclinación en general, ora sea mía, ora sea de cualquier otro, no puedo tener respeto: a lo sumo, puedo, en el primer caso, aprobarla y, en el segundo, a veces incluso amarla, es decir, considerarla como favorable a mi propio provecho. Pero objeto del respeto, y por ende mandato, sólo puede serlo aquello que se relacione con mi voluntad como simple fundamento y nunca como efecto, aquello que no esté al servicio de mi inclinación, sino que la domine, al menos la descarte por completo en el cómputo de la elección, esto es, la simple ley en sí misma. Una acción realizada por deber tiene, empero, que excluir por completo el influjo de la inclinación, y consta todo objeto de la voluntad; no queda, pues, otra cosa que pueda determinar la voluntad, si no es, objetivamente, la ley y, subjetivamente, el respeto puro a esa ley práctica, y, por tanto, la máxima de obedecer siempre a esa ley, aun con perjuicio de todas mis inclinaciones.*

*Así, pues, el valor moral de la acción no reside en el efecto que de ella se espera, ni tampoco, por consiguiente, en ningún principio de la acción que necesite tomar su fundamento determinante en ese efecto esperado. Pues todos esos efectos —el agrado del estado propio, o incluso el fomento de la felicidad ajena— pudieron realizarse por medio de otras causas, y no hacía falta para ello la voluntad de un ser racional, que es lo único en donde puede, sin embargo, encontrarse el bien supremo y absoluto. Por tanto, no otra cosa, sino sólo la representación de la ley en sí misma —la cual desde luego no se encuentra más que en el ser racional—, en cuanto que ella y no el efecto esperado es el fundamento determinante de la voluntad, puede constituir ese bien tan excelente que llamamos bien moral, el cual está presente ya en la persona misma que obra según esa ley, y que no es lícito esperar de ningún efecto de la acción”<sup>25</sup>.*

---

25 Emmanuel Kant, Op. Cit., pp. 79-80.

Esta sería la base de una doctrina sobre el derecho que se expande en la consideración de la existencia de una sociedad natural para definir la esfera de lo privado y de una sociedad civil para definir la esfera de lo público<sup>26</sup>. Lo que concluirá en la dicotomía Estado – Sociedad; y, en otro nivel no menos importante, una reelaboración iusnaturalista que, paradójicamente, catapultará la visión iuspositivista.

#### IV. Lo ideal y lo real en clave kantiana

Creo que la mayor virtud de Kant, en lo que a la filosofía del derecho se refiere, ha sido la de preparar un pensamiento capaz de presentar unas conclusiones veraces sin caer en dogmatismos sobre esa verdad; al tiempo que, como será constatado por su influjo en las distintas corrientes del pensamiento jurídico en el siglo XX, el paradigma kantiano se abre a la pluralidad sin diluirse en el relativismo.<sup>27</sup> Él diferencia la perspectiva trascendental, la misma que otorga los conceptos fundamentales del derecho y de la política, de la experiencia concreta de hombres y mujeres que realizan siempre imperfectamente las exigencias de la razón; tal como se puede observar en el prefacio de su obra *Doctrina del Derecho* (1797) en la que refiere expresamente el contraste entre metafísica del derecho y su práctica empírica. Nuevamente ejemplificaré para hacer más comprensible el punto a mis colegas abogados.

Muy trillado en el campo del derecho es el desarrollo del contractualismo social como origen y justificación del Estado. Lugar común es resaltar el aporte de Jean Jacques Rousseau (1712-1778) en las diversas

---

26 Terminología harto contradictoria con la utilización moderna del término “Sociedad Civil” para diferenciar a las instituciones sociales en función libertaria del Estado como máxima institución del Derecho Público. Sin embargo, aquí se puede encontrar una clave para comprender el sentido de una teoría del derecho natural que se refiera, entre otros muchos temas, al problema de legitimidad y soberanía; y una configuración de la filosofía política, enfocada en la relación entre sociedad civil y Estado.

27 Lo indica Del Vecchio, con él comienza un nuevo periodo y diversas corrientes filosóficas contemporáneas; el idealismo, el empirismo y el positivismo creen encontrar en él sus principios y las fuentes de su propio desarrollo.

teorías del Estado, los trabajos sobre las ideas políticas y los tratados de derecho constitucional. Su visión del ejercicio de la libertad en sociedad parte de la imposibilidad que tiene el ser humano de ser libre dentro de la inocencia del estado de naturaleza por lo que debe asociarse libremente, sin presiones exteriores. De manera que la alienación suprema de las libertades naturales permite el pacto social; lo que implica que cada quien dispone de su persona y poder de decisión bajo la suprema dirección de la voluntad general<sup>28</sup>.

---

28 Ya he mencionado (Cfr. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Tomo I, pp. 164 y 165) que la originalidad de Rousseau, especialmente destacable en su *Discurso Sobre el Origen de la desigualdad de los Hombres*, se encuentra en visualizar “el verdadero Contrato Social a partir de una concepción del estado de naturaleza muy diferente de aquellos que lo precedieron. Estado de guerra según Hobbes, está caracterizado por la rivalidad permanente que enfrenta a los hombres. Pero a diferencia de los animales que solo actúan por un instinto particular, el hombre posee una perfectibilidad que le permite salir de la condición animal. Sin embargo, antes de llegar a la formación de la sociedad civil, varias etapas deben cumplirse. En lo que se refiere al tránsito del estado de naturaleza a la sociedad está más próximo a Montesquieu que de Hobbes. Rousseau afirma que la sociedad naciente exige a los hombres actitudes distintas de las que poseen en su origen y esto es relevante porque el hombre es más temeroso que agresivo a la vista de los objetos desconocidos. La bondad natural se disminuye en la medida que el amor propio se acrecienta. Precisamente, al citar directamente a Hobbes, Rousseau indica que aquel asume que el hombre es naturalmente intrépido y ama sólo el ataque y el combate. Le atribuye a Montesquieu, a quien califica como «filósofo ilustre», el criterio contrario por cuanto éste piensa que nada hay tan tímido como el hombre en el estado natural y que se halla siempre atemorizado y presto a huir al menor ruido que oiga, al menor movimiento que perciba. Esto lo atribuye al temor a lo desconocido cuando no puede discernir el bien y el mal físicos que de ellos debe esperar, ni comparar sus fuerzas con los peligros que tiene que correr. Por esto rechaza la conclusión de Hobbes sobre la natural maldad del hombre ya que «la misma causa que impide a los salvajes el uso de razón, como pretenden nuestros juriconsultos, les impide al mismo tiempo el abuso de sus facultades, como él mismo pretende; de modo que podría decirse que los salvajes no son malos precisamente porque no saben qué cosa es ser buenos, toda vez que no es el desenvolvimiento de la razón ni el freno de la ley, sino la ignorancia del vicio y la calma de las pasiones, lo que los

En mis tiempos de estudiante, quedó un cierto sinsabor al tratar de indagar los mecanismos y formas en que se habría materializado el pacto fundador; y esa sensación perduró hasta que, con el auxilio de la filosofía y de la historia, comprendí que la de Rousseau fue una de las muchas visiones del Contrato Social como principio y que, en general, todas ellas, diferenciadas más en los efectos y alcances de las elucubraciones que el esfuerzo intelectual planteaba, fueron intentos afortunados de racionalización antes que el análisis de una realidad histórica<sup>29</sup>. En efecto, ese hipotético acuerdo se manifiesta como un ensayo para comprender las relaciones sociales como actividades humanas signadas por la racionalidad; de ahí, el paso subsiguiente, la consideración del Estado como una estructura limitada por un fin determinado por la preservación de lo humano y la sociedad. Por supuesto, se trata de una ideología focalizada en la realización política del derecho y adecuada al mundo occidental que la produjo después de una maduración filosófica de siglos.

Y fue Kant el que abrió mi entendimiento en la reflexión sobre el Estado. Se trata de captar la diferencia entre imaginarlo, tal como lo hicieron los fundadores del pensamiento político ante un fenómeno que apenas vislumbraba la intensidad de su peligrósidad para la libertad

---

impide hacer el mal». Finalmente, destaca que Hobbes no observó tampoco la tendencia del hombre a suavizar «la ferocidad de su amor propio» o su deseo de conservación antes del nacimiento de este amor, que se traduce en una innata repugnancia a ver sufrir a sus semejantes y que define como la piedad. Una vez que demuestra en su Discurso que la desigualdad se manifiesta bien poco en el estado natural y que su influencia es casi nula en esa etapa, Rousseau desarrolla su avance en los desenvolvimientos sucesivos del espíritu humano, hasta el punto de volver malos a los seres haciéndolos sociables. Un equilibrio se establece entre la indolencia del estado primitivo y ese destino final que califica como «la petulancia activa de nuestro amor propio».

29 No hay que olvidar que, aunque sea Rousseau quien se identifica generalmente con *“El Contrato Social”* como desarrollo ideológico, fueron pensadores como Hobbes y Locke los que iniciaron la profundización de tal explicación del hecho social desde puntos de vista contrastantes. John Locke (1632-1704) criticó en sus dos *Tratados sobre el gobierno civil* (1690) la teoría del derecho divino de los reyes y la naturaleza del Estado, tal y como



humana (*ens rationis*, un ente ideal sin realidad física)<sup>30</sup>; o vivir bajo su

---

fuera concebido posteriormente por el filósofo y teórico político inglés Thomas Hobbes (1588-1679). Éste último, escribió *El Leviatán* durante la guerra civil con el propósito de brindar apoyo al partido real con una visión sobre la soberanía ilimitada y el absolutismo estatal. Para Hobbes se hace imprescindible la consolidación del poder estatal: *“El único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos (a los hombres) contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que para su propia actividad y por los frutos de la tierra puedan nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad. Esto equivale a decir: elegir un hombre o una asamblea de hombres que represente su personalidad; y que cada uno considere como propio y se reconozca a sí mismo como autor de cualquiera cosa que haga o promueva quien representa su persona, en aquellas cosas que conciernen a la paz y a la seguridad comunes; que además, sometan sus voluntades cada uno a la voluntad de aquél, y sus juicios a su juicio. Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a el vuestro derecho, y autorizaréis todos sus actos de la misma manera. Hecho ésto, la multitud así unida en una persona se denomina ESTADO, en latín, CIVITAS. Esta es la generación de aquel gran LEVIATAN, o mas bien (hablando con más reverencia), de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa. Porque en virtud de esta autoridad que se le confiere por cada hombre particular en el Estado, posee y utiliza tanto poder y fortaleza, que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos en el extranjero. Y en ello consiste la esencia del Estado, que podemos definir así: una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina Soberano, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que le rodean es Súbdito suyo”* (Thomas Hobbes, *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República, eclesiástica y civil*, p. 141). Por el contrario, Locke abogaba por la despersonalización de la soberanía, al tiempo que sustentaba la supremacía del Estado pero subordinada al respeto de la ley civil y la ley natural. Para él, la revolución no sólo era un derecho sino una obligación ante el abuso de poder y la opresión; fue así como se constituyó en pionero sobre el tema de la racionalidad en el ejercicio del poder con base a un sistema de controles.

- 30 En mis lecciones de Derecho Constitucional advierto que el Estado Moderno es una experiencia reciente si consideramos la evolución del pensamiento político en el mundo occidental. En este sentido, se utilizaron términos como República para significar ese centro de poder que no se manifestaba con la connotación que

influjo, una vez consolidado, lo que adquiere un carácter épico si el régimen político es autoritario o totalitario. Se confirma la representación de un principio racional que nos permite captar la diferencia entre el desarrollo empírico de un determinado objeto de conocimiento de cara al desarrollo ideológico que lo sustenta y justifica. Lo que se puede traducir como la insuperable separación entre el ideal y lo real.

## V. El replanteamiento iusnaturalista

Pero otro aspecto debe ser resaltado en Kant para presentarlo como un hito singular en la filosofía del derecho. Precisamente, en el marco de su sistema filosófico, viene a subrayar la trascendencia del derecho

---

nos otorga la visión valorativa, hoy reinante. En la antigüedad, la ciudad fue la primera y última instancia de la vida social, política y religiosa; y las reflexiones que se pueden definir como manifestaciones de un pensamiento político jamás se desprenderán de presupuestos e intenciones teológicas, por lo que la teología es intrínseca y no accidental a lo político. La misma conclusión cabe con lo político ya que las religiones requieren del espacio público como el oxígeno de su existencia tal como se puede observar en la expansión del cristianismo por el vasto Imperio Romano y las formulas apologeticas que utilizó la Patrística, en los primeros tiempos. A partir del siglo III interactúan perfectamente Ciudad, Iglesia e Imperio en la vitalidad de la vida política. Pero aunque materialmente las expresiones de poder se presentaban estructuradas y se constituyeron en realidad avasallante, la caída del Imperio Romano produce la necesidad de rehabilitar el cuerpo político y fueron muchos los siglos transcurridos para encaminar ese objetivo. Es precisamente bajo esta premisa que afirmo que los pensadores de los siglos XVI al XVIII trabajaron un ente ideal y las diversas utopías fueron manifestaciones de tal esfuerzo. Previamente, fueron los representantes del pensamiento cristiano quienes mantuvieron viva la llama y pasaron “el testigo” a una élite intelectual consciente de que una autoridad cuyo único objetivo sea el fortalecimiento de sí misma atentará contra la realización de la libertad. De manera que la historia política del cristianismo, cimentada en el hecho de que nuestra religión no se puede entender como una inspiración fuera de este mundo, deviene en clave para abrir el entendimiento de ese trance de lo trascendente a lo inmanente. ¿Qué no decir del aporte cristiano a la eferescencia del iusnaturalismo y el influjo que este tuvo en las diversas declaraciones de derechos e independencia que se produjeron en los siglos XVIII y XIX? Sobre estas reflexiones, puede consultarse una compilación de singular valor bajo la edición de Philippe Capelle, *Dieu et la Cité: Le Statut Contemporain du Théologico-Politique*; específicamente, los trabajos de Pierre Manent (*Le problème théologico-politique: question résolue ou drame inachevé*) y Jérôme Alexandre (*De l'une à l'autre cité: Saint Augustin, père de la théologie politique*); igualmente, en Tulio Álvarez, ídem, pp. 116 y ss.

natural, en línea a privilegiar al ser humano frente al Estado y resaltar la racionalidad de que las leyes de esa naturaleza humana sean fundamentales para comprender la verdadera connotación histórica de la institución.

La idea de partir del hombre para comprender al Estado, considerando a este último como la síntesis de los derechos individuales, se apoya en una razón profunda que jamás ha sido refutada, ni siquiera por aquellos que creyeron demoler al contrato social con sus argumentos históricos. Kant tiene el mérito de haber suprimido en la filosofía del derecho esta confusión entre lo histórico y lo racional, afirmando el valor puramente racional, regulativo, de los principios de derecho natural. Del Vecchio resume este cambio de método indicando que con Kant finaliza la escuela de derecho natural [*Naturrecht*] y comienza la escuela de derecho racional [*Vernunftrecht*].

El derecho de la naturaleza deviene en derecho de razón porque la doctrina del derecho deriva de principios a priori imperativos, su sentido es normativo y presenta una visión universal de lo jurídico. Él no hizo otra cosa que completar un movimiento de corrección metodológica, originado mucho antes y que se había perfeccionado con la obra de Rousseau<sup>31</sup>. No obstante, en el siglo XXI, las diversas expresiones y significados del derecho natural rebasan la utilitaria sensación de unidad que nos otorgaba el tomismo, solo para referir un paradigma de pensamiento determinante en el mundo occidental.

Después de la victoria iusnaturalista que culmina en el sustrato ideológico del movimiento de liberación en Europa y en las colonias americanas, al ser la cita obligada de los instrumentos de dogmática que inauguraron el constitucionalismo, esa conceptualización de un estatuto coherente cuya unidad se mantiene por la propia naturaleza humana

---

31 Del Vecchio insiste en validarlo como hito fundamental al afirmar que si él no es el fundador de la filosofía moderna que remonta a Descartes y Bacon; al menos, es su innovador. Georges Del Vecchio, *Ibidem*, p. 91.

también se ha perdido<sup>32</sup>. Fíjense en el tema de las generaciones de dere-

- 32 En el Capítulo XX del Tomo III de *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional* (Edición 2014) aparece una identificación entre los grandes avances constitucionales y la vigencia del iusnaturalismo como corriente dominante en el pensamiento jurídico. Afirmo ese aspecto, cuando desarrollo mi teoría de la Fuerza Constituyente Inicial “no sólo por los importantes antecedentes que se constituyen en el marco teórico del movimiento constitucional, ya que las contradicciones en el seno de la Iglesia entre conciliaristas y papistas reflejaban el mismo debate sobre la detentación del poder material entre el poder del pueblo representado en asamblea y el monarca, sino porque así lo manifestaron expresamente los protagonistas de todos los procesos constituyentes que se manifiestan como originarios. ¿Por dónde empezar? La Carta Magna puede ser una opción. En su introducción, aparece “Juan, por la gracia de Dios Rey de Inglaterra, Señor de Irlanda, Duque de Normandía y Aquitania, Conde de Anjou” concediendo “ante Dios” una serie de derechos; y, no por casualidad, el primero de ellos para que “la Iglesia Inglesa sea libre y tenga sus derechos íntegros y sus libertades ilesas”. Además, la garantía de cumplimiento estaba en el juramento ante el Ser Superior “pues como por Dios y para la reforma del Reino Nuestro, y para mejor allanar la discordia entre Nos y los Barones Nuestros, hemos concedido todas estas cosas antedichas, queriendo sean gozadas a perpetuidad íntegramente y con firme estabilidad”. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos reivindica “el puesto separado e igual a que las leyes de la naturaleza y el Dios de esa naturaleza le dan derecho” para sostener como evidente, entre otras verdades, “que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”; lo que afirman los Padres Fundadores “con absoluta confianza en la protección de la Divina Providencia”. Pero lo que resulta más relevante es que, de todos estos procesos, el único anti-clerical, haga la invocación con la determinación magnífica con que “la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo”, los derechos del hombre y del ciudadano. Conducta perfectamente comprensible en el constituyente venezolano de 1811, afirmando su actuación: En el nombre de Dios Todo Poderoso, nos, el Pueblo de los Estados de VENEZUELA, usando de nuestra Soberanía y deseando establecer entre nosotros la mejor administración de justicia, procurar el bien general, asegurar la tranquilidad interior, proveer en común a la defensa exterior, sostener nuestra Libertad e Independencia política, conservar pura e ilesa la sagrada religión de nuestros mayores, asegurar perpetuamente a nuestra posteridad el goce de estos bienes y estrecharnos mutuamente con la más inalterable unión y sincera amistad, hemos resuelto confederarnos solemnemente para formar y establecer la siguiente CONSTITUCIÓN FEDERAL PARA LOS ESTADOS DE VENEZUELA. Esa manifestación divina, revelada por la Fuerza Constituyente Inicial, ha sido una constante en la historia constitucional venezolana y puede ser alegada como un valor republicano intangible y superior. No estuvo ausente, en la Valencia de 1830, en unos hombres impulsados en sus acciones por “el nombre de Dios todo poderoso, autor y supremo legislador del universo”; e, inclusive, presente en la Caracas de 1999, con un pueblo “invo-

chos, con las que se ha velado un aspecto singular: A pesar de que se establezca el hito de una naturaleza y unas tendencias consustanciales a la misma, surge el sentido modal del término al estar vinculado a la definición de lo humano en una determinada sociedad y tiempo. Meditemos.

Si bien es cierto que, como indiqué anteriormente, la idea del derecho natural es previa a la revelación definitiva y al cristianismo, aunque suene algo fundamentalista, será mi religión la que lo difunde y hace realidad. Porque ser cristiano implicó una filosofía de valores muy especial por la ruptura que produjo el impacto de una nueva conformación de las relaciones humanas. Una religión profundamente relacional, como es la cristiana, desde su origen marcada por el principio de fraternidad y en la idea de una *Ekklesia* como pueblo de Dios y cuerpo místico de Cristo, derivó en un estatuto de dignidad, en lo humano; pero se sacudió por la asociación con el poder temporal, en lo político. Y hasta el día de hoy ha tenido que pagar el precio de ese maridaje.

De manera que la filosofía de los valores cristianos se hizo presente en la efervescencia del movimiento humanista que culmina en el siglo XVIII con una declaración universal; pero modal, al estar limitada por esos esquemas y circunstancias que se han dado por denominar como un “Siglo de Luces” y que son ubicables en tiempo y espacio. Pero surgen nuevas necesidades que se traducen en una generación de derechos signada por su carácter progresivo y su adecuación a los mundos nuevos. Esto hace pensar en una creación intelectual de esos derechos humanos cumpliendo una cronología que se inicia con los derechos más elementales de vida y libertad, los de naturaleza política y también el de propiedad si seguimos la declaración inaugural de 1789; la segunda generación de los derechos sociales que calificó el paso de una democracia gobernada a una democracia gobernante; los derechos económicos que tanto se identifican con la vigencia de un sistema propio del mundo occidental; la cuarta generación de derechos culturales, ambientales, minorías, tan

---

cando la protección de Dios”. Por eso no exagero, ni peco por falta de rigor académico, cuando afirmo que un parámetro fundamental para identificar a la Fuerza Constituyente Inicial es la presencia de Dios, Todopoderoso. Ese es el misterio presente en el devenir de la humanidad, Dios como motor de la Historia”.

poco solidificados en el Estado moderno; y quién puede prever hasta qué punto se expandirá esta tendencia creadora que dice mucho de la evolución de la “naturaleza de lo humano”.

Esta tendencia coquetea, contrasta o se opone a “diversas filosofías” de lo político, como el liberalismo más absoluto; el socialismo utópico que nunca despertó del sueño, el socialismo totalitario, más real que ningún otro, contenido en la pesadilla comunista, el socialismo anárquico que no se atreve a decir su nombre y niega su naturaleza pero que es muy eficiente a la hora de la destrucción institucional, como se ha patentado en el mal ejemplo venezolano y su macabra expansión latinoamericana; fundamentalismo de mercado que subyuga eficientemente el espíritu de los pueblos; fundamentalismo religioso; el neoliberalismo; y un sinfín de variantes que reflejan el grado de complejidad que ha alcanzado la “naturaleza gregaria” del ser humano.

Por eso reclamo el mérito de Kant negado por aquellos que lo ubican como icono de un positivismo jurídico. Él asume la humanidad de la persona, la cual necesariamente se actualiza, agrego yo, en lugar de una definida y definitiva naturaleza humana que, al plantearse como origen, necesariamente es pasada y fue superada. En este punto, insisto que el análisis de esa condición se inscribe en la elucubración racional que acompaña las primeras elaboraciones abstractas sobre el Estado y que, en consecuencia, se constituye en categoría metodológica más que en una realidad histórica. En una segunda construcción kantiana, según Billier, el derecho natural deviene en “el horizonte” y no el origen del derecho positivo, lo que implica un rol ideal regulador y una función crítica<sup>33</sup>. Precisamente, en este último aspecto es que coincido y afirmo que Kant

---

33 Este autor comenta tres niveles que descubre en Kant:

- i. El denominado *das natürliche Recht*, es decir el derecho del hombre natural, el derecho eventual o hipotético del hombre en estado de naturaleza;
- ii. *El Naturrecht*, el derecho natural propiamente dicho, nivel metapositivo del derecho que trasciende al derecho establecido y que constituye un deber; y
- iii. El derecho público, derecho civil o derecho político, *das öffentliche Recht*, que designa el derecho existente dentro del Estado. Aquí los traigo a colación por cuanto él considera que la mayoría de las interpretaciones francesas de un Kant positivista, y cita la de Villey en este sentido, derivan de la ambigüedad de las

fue el reivindicador del derecho natural como factor de validación del orden jurídico positivo.

Volviendo al tema de la esfera de lo privado y lo público, esta diferenciación tiene sentido si al identificar lo público con el Estado entendemos que el poder de este debe estar limitado y que la proyección de esa contención irradia en beneficio de la sociedad civil. ¿Cuáles son los problemas a desarrollar si partimos de la anterior premisa? Por supuesto, la primera interrogante que aparece es la que marca la vigencia irrestricta de un sistema de derechos humanos: ¿Sobre qué base se plantea la limitación? La respuesta inmediata es sencilla para quien, como es mi caso, asume la existencia de un estatuto normativo definido por la propia naturaleza humana que se constituye en patrón de validación del orden jurídico positivo. Por supuesto, este marco valorativo y normativo es anterior a la existencia misma del Estado; inclusive, si se le da al vocablo una equivalencia como simple principio de autoridad.

Las consecuencias son efectivas e inmediatas. Si nos iniciamos en un orden al margen del Estado, si tal visión es eminentemente ideal y valorativa<sup>34</sup>, si ese orden parte de las tendencias naturales de los seres humanos<sup>35</sup>, si en el seno de la sociedad esas necesidades se traducen en

---

traducciones que hacen ambivalentes los dos primeros niveles. Billier, Op. Cit., p. 120.

34 “Los estudios antropológicos demuestran la coincidencia cultural en la aceptación de comportamientos que aproximan a un prototipo de humanidad: actos de coraje, paciencia ante las pruebas y dificultades de la vida, compasión por los débiles, moderación en el uso de los bienes materiales, actitud responsable ante el ambiente, sacrificio por el bien común y la practica fraterna. Estos modelos de carácter ético delinear una vida «según la naturaleza» de la misma forma que se pueden detectar conductas abominables que atentan contra ella. Es indudable que el contexto social marca la formación bajo valores morales pero no es por albur que, al margen de la particularidad cultural, exista una coincidencia universal, por no utilizar el término consenso, que consolida un código de lo humano según un llamado interior”. Cfr. Tulio Álvarez, *La Ley Natural como patrón del orden justo*, p. 469.

35 “En el documento de la Comisión Teológica se enumeran los tres grandes grupos de dinámicos naturales que obran en la persona humana: a) Común a todo ser sustancial, la inclinación a conservar y a desarrollar su existencia; b) Común a los seres vivos, la

unos derechos; entonces, mal puede ese Estado pretender un poder de disposición, mediante la imposición de la ley positiva, sobre derechos que no creó.

Es aquí que aparece la innovación metodológica kantiana ya que, aunque él refiera la necesidad de que el derecho como realidad efectiva se manifieste bajo una determinada autoridad del Estado, su posición no supone la exclusividad normativa o, mucho menos, la negación de un orden exterior al derecho instituido por el Estado, superior a él; lo cual constituye el dogma positivista. Los conflictos sociales y la necesidad de resolverlos dimanaban de la naturaleza gregaria del ser humano, nacidos con él, se trataría del sempiterno estado de naturaleza jurídica iniciado de tanta reflexión filosófica; y el principio de autoridad es posterior, signado por elementos que en un principio fueron carentes de racionalidad.

## VI. La mitología iuspositivista

Será luego de su vigencia histórica como organización, producto de una reflexión ideal de la razón práctica, en que se estrenará el Estado; y, solo entonces, saldrá de su anonimato. Insisto aquí en la profunda distinción entre una organización del poder dirigida y concebida como instrumento de control social, un aparato cuya única norte sea el interés particular de quien lo dirige; y el Estado ideologizado por una vocación declarada y dirigida al resguardo de los derechos fundamentales del ciudadano. El siglo XVIII fue el escenario de los grandes cambios que

---

*inclinación a reproducirse para conservar la especie; c) Propio de los seres racionales, la inclinación a vivir en sociedad así como conocer la verdad sobre Dios. Estas inclinaciones permiten formular los primeros preceptos de lo natural, conocidos naturalmente; además, son el primer sustrato que constituye la base de toda reflexión ulterior sobre el bien a practicar y el mal a evitar. Los preceptos que dirigen la acción de las personas surgen como consecuencia lógica de los dinamismos naturales y de la razón práctica que propugna ejecutorias en defensa de esos bienes morales. Así surge la necesidad de auto preservación como reacción espontánea frente al peligro de muerte; la inclinación a obtener los bienes que contribuyan a una apropiada calidad de la vida biológica; y la formación de la familia como proyección armoniosa y fraterna del propio ser".Ídem, p. 470.*



requirieron una adecuación de esas organizaciones preexistentes a esta nueva concepción.

Es mi criterio que el lenguaje que traduce las acciones del Estado, lo que me atrevo a calificar como el “*bloque normativo*” de los actos que genera, no solo debe coexistir con ese orden externo y superior que se constituye en su horizonte, sino que debe realizarlo; y, por ese simple hecho, al confirmar lo que hay de universal en todo derecho, se valida. Es así que el Estado y el orden jurídico que le es inherente parten de un deber ser. De manera que las leyes no son en sí mismas legítimas, cabe la excepcionalidad del desconocimiento cuando contradicen los valores universales que fundan un derecho superior a aquel que es creado e impuesto por el Estado como manifestación positiva de su ser, lo que no muy pocas veces se confunde con la voluntad arbitraria de quienes lo controlan.

De esta forma Kant, sin romper con una concepción iusnaturalista que se siente reivindicada con sus escritos, abre la puerta al positivismo; pero sin hacerle grandes concesiones o cruzar una cuerda floja, sobreponiéndose al bamboleo con barras de equilibrista. Y que no se diga que él sometió el derecho natural al derecho positivo por el hecho de ser adaptado y adoptado por los principales exponentes de corriente tan vasta, tal como el mismo Kelsen refiere en carta que remitió a Renato Treves, el 3 de agosto de 1933, a poco de ser expulsado de su cátedra en la universidad de Colonia y próximo a asumir la docencia en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra:

*“Es absolutamente verdad, que el fundamento filosófico de la TPD (Teoría Pura del Derecho) reposa sobre la filosofía kantiana o, más precisamente, sobre la interpretación «Coehniiana» de su filosofía. El hecho de que, a partir de Cohen, asumí la teoría de la razón pura como una teoría de la experiencia, es seguramente de importancia capital en relación a mi tentativa de aplicar el método trascendental a la teoría de derecho positivo. Si, por derecho positivo se entiende el derecho empírico, el derecho en la experiencia o aun, como Sander,*

la experiencia jurídica, entonces la TPD es ciertamente empírica. Este empirismo tiene el mismo sentido que puede encontrarse en la filosofía trascendental de Kant. Así como la filosofía trascendental de Kant se dirige contra la metafísica, la TPD se dirige contra el derecho natural, siendo éste el correlato exacto, en el dominio de la realidad social en general, y del derecho positivo en particular, de la metafísica. Yo profundice esta cuestión en ocasión de mi trabajo **«Die Philosophischen Grundlagen der Naturechtslehre Und der Reschspositivismus»** (vortreager Kant-Gesellschaft, Mr31). En la medida que en la TPD, intentó de manera inédita, presentar a la filosofía de Kant como una teoría del derecho positivo (en oposición a Stammler, todavía muy ligado a la teoría del derecho natural) ella fue en cierto modo, más allá del pensamiento de Kant que, en su propia doctrina del derecho, abandonó el método trascendental. Es necesario señalar, mientras tanto, que la TPD administra lo más fielmente posible la herencia espiritual de Kant. Esto la distingue de otras filosofías del derecho que se reclaman seguidoras del Kantismo. La TPD ha tornado la filosofía de Kant mucho más fértil para el derecho; ella contribuyó a su perfeccionamiento, sin adherir en todos los puntos a la filosofía Kantiana del derecho. Si se piensa que la obra de Kant es representativa de la verdadera filosofía Alemana, la TPD es la más alemana de todas las filosofías del derecho elaboradas en Alemania, después de la época de Kant. Al decir esto, me dirijo a todos aquellos que en la atmósfera pestificada de nuestros días, se contentan combatiendo a la TPD bajo el pretexto de que ella es anti alemana, sin procurar comprenderla. En este respecto, por otro lado, me gustaría insistir sobre el carácter universal de la TPD. Característica que surge, ante todo, del conjunto del derecho, del ordenamiento jurídico, donde el objetivo es, el de concebir no importa cuál sea, algún fenómeno accesorio. De ahí resulta que la doctrina de la proposición jurídica (Rechtssatz) ocupe el centro de la TPD. Aun la filosofía del derecho de Hegel –tímidamente estudiaba por la doctrina de su época– a pesar de la idea de espíritu objetivo, no puede alcanzar un grado de objetividad similar aquel que posee la TPD. Esta última no permitió solamente superar el dualismo entre derecho

*público y privado y derecho objetivo y subjetivo, ella tiene también la finalidad de superar numerosas teorías jurídicas insustentables*<sup>36</sup>.

Esta explicación demuestra que el hito kantiano en filosofía jurídica no deriva de una especial teoría del derecho, de eso se encargaran los que mantienen fidelidad a la vigencia de un derecho que se corresponde con la naturaleza de lo humano; o a personajes como Kelsen y quienes aún hoy se alumbran con su influjo. Más propiamente, el impacto de su pensamiento está en orden a la conceptualización crítica del conocimiento y a marcar la diferenciación entre los aspectos ideales y la praxis. Este pensador centrado en el ser humano como centro de gravitación, ductor del idealismo alemán, no podía y no pudo controlar que una propuesta como la suya fuera dirigida contra el derecho natural, tal como lo afirma el padre del positivismo jurídico con tanta fuerza en su comunicación de 1933.

Superada la experiencia nacional-socialista, Kelsen ya no sería tan vehemente; máxime si se toma en consideración que se refugió en el estudio del derecho internacional y tuvo que entender el papel que jugó ese vituperado e inexistente orden, por él execrado en su Teoría Pura del Derecho, en la solución de los dilemas morales y lagunas que surgieron en ocasión de los Juicios de Núremberg. Esto me lleva a plantear una cierta mitología del iuspositivismo:

### 1. *El mito de la totalidad*

El primer mito que señalaré se corresponde con la pretensión de que el conjunto normativo aprobado por una autoridad y por procedimientos predeterminados que confieren validez representa el orden de lo jurídico como un todo. Resulta que con esa concepción de totalidad lo que se

---

36 Carta de Hans Kelsen a Renato Treves del 3 de agosto de 1933. Publicada en la *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Año VI, Número 8, 2012. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Consulta del 3 de marzo de 2014. En la web: [http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0008A006\\_0012\\_clasicos.pdf](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0008A006_0012_clasicos.pdf)

ha hecho es fragmentar el mundo de lo jurídico. Revisemos la siguiente reflexión:

*“En lo esencial, el proceso de división es una manera de pensar sobre las cosas adecuada y útil principalmente para las actividades prácticas, técnicas y funcionales. Sin embargo, cuando este modo de pensar se amplía a la noción que el hombre tiene de sí mismo y al mundo entero en el cual vive (por ejemplo, a su propio concepto del mundo), deja de considerar las divisiones resultantes como simplemente útiles o convenientes y comienza a verse y sentirse a sí mismo, y a su mundo, como formados realmente por fragmentos con existencia separada. Guiado por un concepto fragmentario de su propio mundo, el hombre intenta entonces romperse a sí mismo y su mundo, para que así todo parezca corresponder a su modo de pensar. Así consigue una prueba aparente de que su propio concepto fragmentario del mundo es correcto aunque, por supuesto, no advierta el hecho de que es él mismo, actuando según su manera de pensar, quien ha introducido esta fragmentación que ahora parece tener una existencia autónoma, independiente de su voluntad y de su deseo.*

*Desde tiempo inmemorial, el hombre ha sido siempre consciente de la existencia de este estado de fragmentación aparentemente autónoma, y a menudo ha proyectado mitos acerca de una primigenia «edad de oro», antes de que la escisión entre el hombre y la naturaleza y entre hombre y hombre hubiera tenido lugar; el hombre ha buscado siempre la totalidad mental, física, social, individual (...) Lo que hay que poner de relieve, ante todo en la investigación científica, y más tarde en un contexto más general, es que la fragmentación produce continuamente la costumbre casi universal de pensar que el contenido de nuestro pensamiento es «una descripción del mundo tal como es». O que, según esta costumbre, consideremos nuestro pensamiento en correspondencia directa con la realidad objetiva. Como nuestro pensamiento está permeado de diferencias y distinciones, esta costumbre*

*nos lleva a considerar estas divisiones como reales, y vemos y experimentamos el mundo como realmente dividido en fragmentos*<sup>37</sup>.

El punto que quiero destacar aquí es que Kelsen y sus herederos, con sus teorías de ese orden total, magnificaron de tal forma la relación entre pensamiento y realidad para justificar sus posiciones y su forma de entender el derecho que terminaron creando el efecto contrario; es decir, fragmentaron el mundo de lo jurídico y le restaron lo que para mí será la esencia, en el sentido de eliminar de un tajo el factor fundamental de validación. Bohm insiste:

*“Nuestra manera fragmentaria de pensar, observar y obrar tiene, evidentemente, implicaciones en todos los aspectos de la vida humana. Es decir, por una especie de ironía bastante interesante, la fragmentación parece ser lo único en nuestro sistema de vida que es universal, que funciona por todas partes sin fronteras ni límites. Ello sucede porque las raíces de la fragmentación son muy profundas y amplias. Como ya hemos dicho, intentamos dividir aquello que es único e indivisible, y esto supone que, en el paso siguiente, intentaremos hacer idéntico aquello que es diferente.*

*La fragmentación es, en esencia, una confusión acerca de la cuestión de la diferencia y la mismidad (o unidad), pero la percepción clara de estas categorías es necesaria en cada fase de la vida. Estar confundido acerca de lo que es diferente y lo que no lo es, es estar confundido acerca de todo. Así que no es accidental que nuestra forma fragmentaria de pensar nos esté llevando a un amplio conjunto de crisis: social, polí-*

---

37 David Bohm, *La Totalidad y el Orden Implicado*, pp. 21 y 22. Bohm es un destacado experto en física cuántica que desarrolló en esta obra un paradigma científico y un nuevo modelo de realidad. Aunque su área de experticia no son las ciencias sociales, menos el derecho, este comentario da luces sobre el mito que trato de explicar. El sentido común y la convención social nos da una falsa visión fragmentaria del mundo; y se confunde el contenido de nuestro pensamiento con el mundo en sí mismo. Existe un “orden desplegado” (*explicate realm*) al tiempo de un “orden implicado” (*implicate realm*); y el orden que vemos –por ejemplo– en el movimiento de los planetas es, en verdad, la expresión de ese “orden implicado” al que él hace referencia y en el cual los conceptos de espacio y tiempo ya no tienen validez.

*tica, económica, ecológica, psicológica, etcétera, tanto en el individuo como en la sociedad considerada como un todo. Esta forma de pensar supone el inacabable desarrollo de un conflicto caótico e insensato, en el cual tienden a perderse las energías de todos en movimientos antagónicos o, si no, en malentendidos.*

*Es importante y, en verdad, de suma urgencia, aclarar esta profunda y extendida confusión que penetra en la totalidad de nuestras vidas. ¿Para qué sirven los intentos en la sociedad, en la política, en la economía o en cualquier otro campo, si la mente queda atrapada en un movimiento confuso en el que generalmente se está diferenciando lo que no es diferente y se está identificando aquello que no es idéntico? Tales acciones serán, en el mejor de los casos, inútiles y, en el peor, realmente destructoras.*

*Tampoco servirá de nada el imponer una especie de principio «holístico» integrador o unificador en nuestro propio concepto del mundo, porque, como ya indicamos antes, cualquier forma fija de concebir el propio mundo supone que ya no vamos a tratar nuestras teorías e intuiciones como maneras de mirar, sino más bien como «conocimiento absolutamente verdadero de las cosas tal como ellas realmente son». Es decir, tanto si queremos como si no, las distinciones que están presentes en cada teoría, incluso en una teoría «holística», se tratarán falsamente como divisiones, lo que supondrá la existencia separada de los términos que se han diferenciado (de modo que, asimismo, lo que no sea así diferenciado, recibirá un falso tratamiento como algo absolutamente idéntico).*

*Tenemos, pues, que estar preparados para dedicar una cuidadosa atención y la más seria consideración al hecho de que nuestras teorías no son «descripciones de la realidad tal como es», sino más bien formas de observar siempre cambiantes, que pueden señalar o apuntar a una realidad que sólo está implícita y que no se puede describir ni especificar en su totalidad. Así, esta necesidad de estar preparados nos sostendrá incluso ante lo que estamos diciendo en este capítulo, en el sentido de que no hay que considerarlo como «conocimiento absoluta-*

*mente verdadero de la naturaleza de la fragmentación de la totalidad»<sup>38</sup>.*

Mi consideración sobre este mito positivista es que Kelsen y sus seguidores demuestran estar tan confundidos acerca de una absoluta diferenciación entre las normas formalmente aprobadas por el Estado y el complejo normativo que deriva de una naturaleza de lo humano y que se constituye en “el horizonte” de aquel que terminan confundidos acerca de todo. Por tal razón, surgen inmediatamente conflictos que terminan alejándonos del objetivo primario que se traduce, y no es otro, que establecer el mejor derecho posible impregnado de un sentido de Justicia integral; al tiempo que se acepta un factor de validación cónsono con los principios, paradigmas y normas que, en forma universal, se han correspondido con esa naturaleza.

## 2. *El mito de la uniformidad*

El segundo mito está en función de entender que el orden jurídico se manifiesta en forma uniforme como sistema cerrado que puede ser validado por las propias reglas que lo conforman. Podría asumirse que las construcciones positivistas son sumamente celosas en preservar este aspecto pero; precisamente, al ellos profundizar en la racionalidad del derecho como construcción del pensamiento, se produce una tremenda contradicción ya que la historia del derecho y su *Problematĭcus* en la modernidad demuestran lo contrario. La praxis sugiere que el derecho como mecanismo de solución de conflictos no da soluciones uniformes y la tendencia es una especie de “disconformidad inherente” que, al depender de la interpretación, puede multiplicar el sentido de una norma.

Este mito refleja una concepción que rechaza cualquier elemento que no sea propiamente jurídico, como si el orden jurídico se integrara en forma exclusiva y excluyente de normas jurídicas; o, en términos del mismo Kelsen, descartar “*todo juicio de valor ético o político*”<sup>39</sup>. Tal visión

---

38 David Bohm, *Ibidem*, pp. 39 y 40.

39 Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, p. 134.

podría pasar en los albores del constitucionalismo, coincidente temporal del proceso de codificación del derecho; pero, el desarrollo del Estado constitucional como factor predominante que define lo democrático en el mundo occidental, modificó no solo la jerarquía de las fuentes del derecho sino que trajo consigo un cambio en la forma de interpretación al añadir el elemento axiológico de supremacía normativa del Texto Fundamental, típico de la democracia constitucional; además, magnificó la indagación histórico - contextual como proceso que permite definir el sentido de las normas constitucionales.

Otro factor que me hace rechazar una interpretación del derecho desprovista de elementos metajurídicos deriva de la condición política del derecho constitucional, al punto que esta disciplina, la jerárquicamente superior y axiológicamente sustentada, ha recibido el término de “Derecho Político” en no pocas interpretaciones de juristas. Si lo propio del derecho constitucional es la racionalización de los fenómenos de poder y la anticipada resolución de los conflictos políticos, ¿cómo se puede excluir este factor en la reflexión sobre el derecho? Criterio que se potencia al constatar que en el tema de los derechos humanos, materia dogmática de lo constitucional, la ideologización es inherente.

También aparece el problema lingüístico, planteado al inicio de este artículo como hacedor de la diferenciación artificial de tendencias. En especial, en el neo positivismo, esas teorías tratan de fijar unos límites al derecho; pero yo siento que lo que hicieron fue establecer un límite al propio pensamiento sobre el objeto de estudio, lo que implicó limitarse ellos mismos en el campo del lenguaje. En este punto, vale revisar la elaboración de una filosofía del lenguaje que propone Ludwig Wittgenstein (1889-1951), en su obra *Tractatus logico philosophicus*, la cual parte de la premisa de que el mundo está constituido por el conjunto de los hechos y el conjunto de las proposiciones constituye el lenguaje. De manera que se hace indispensable definir el ámbito de lo que se puede decir, lo que se corresponde con el sentido del objeto de ese pensamiento, pues lo que no se puede decir no se puede pensar; y lo que no se puede decir o pensar, carece de sentido. Y aquí la referencia vale porque mucho se ha dicho de la influencia de Wittgenstein en la Escuela de Viena.



Pero el sinsentido se hace recurrente ya que Wittgenstein parte de un especial rol de la filosofía como reflexión crítica del lenguaje y con un definido objeto de clarificación lógica donde la verificabilidad es clave e implica una revisión de la realidad.<sup>40</sup> Yo me interrogo entonces, ¿cómo entender al Estado, productor del orden jurídico positivo, como puro derecho? Fijémonos en la forma como prologa Kelsen su Teoría del Estado positivo, estrictamente jurídica, “*sin matiz político alguno*”:

*“Esta teoría [La Teoría del Estado Positivo que él asume] era una parte del gran movimiento científico – social que –paralelamente a una evolución análoga en el dominio de las ciencias naturales– se dirigía contra la especulación jusnaturalista del siglo XVIII, y aspiraba, apoyada en la escuela histórica del primer tercio del siglo XIX, a constituir una teoría de la sociedad real (Sociología) y del derecho positivo. Su método estaba influido, más o menos consciente y consecuentemente, por la crítica kantiana de la razón: dualismo de ser y de deber ser; sustitución de hipóstasis y postulados metafísicos por categorías trascendentales como condiciones de la experiencia; transformación de antítesis absolutas (por cualitativas y transistemáticas) en diferencias relativas, cuantitativas, intransistemáticas; paso de la esfera subjetivista del psicologismo al ámbito de la validez lógico – objetiva; he aquí algunos de los momentos esenciales de este método, y las directrices de mi labor teórica. Cuando yo reconozco el orden jurídico como sistema de normas y el Estado como orden jurídico (por lo cual sustituyo la orientación causalista de la Ciencia del Derecho y del Estado por el punto de vista normativo); cuando en lugar de la idea metafísica del Estado pongo su concepto trascendental y recalco los límites entre el contenido posible o real (positivo) del Estado y su contenido “verdadero” o “justo”; cuando suprimo las distinciones –que por representar antítesis absolutas destruyen toda unidad–*

---

40 El objeto de la filosofía es la aclaración lógica del pensamiento. Filosofía no es una teoría sino una actividad. Una obra filosófica consiste en elucidaciones. El resultado de la filosofía no son “proposiciones filosóficas” sino el esclarecerse de las proposiciones. La filosofía debe esclarecer y delimitar con precisión los pensamientos que de otro modo serían, por así decirlo, opacos y confusos; en *Tractatus Logico-Philosophicus*, 4.112.

*entre derecho público y privado, subjetivo y objetivo, entre norma jurídica y sujeto de derecho, entre creación y aplicación del derecho, etc., para no reconocerlas más que como diferencias de contenido dentro de un sistema cuya unidad es indestructible; en fin, cuando solo pregunto sobre la significación objetiva del acto jurídico y no por su sentido subjetivo, sé que me pongo en contradicción con muchos autores de renombre. Y sin embargo, no hago más que desarrollar un germen que por doquiera se hallaba en estado de latencia. Yo creo haber desarrollado el ritmo de la inevitable evolución de mi disciplina, poniendo en estrecho contacto la provincia algo lejana de la ciencia jurídica con el fructífero centro de todo conocimiento: la Filosofía, lo cual permite la posibilidad de mostrar la conexión que media entre los problemas de la Teoría del Derecho y las grandes cuestiones de otras ciencias<sup>41</sup>”.*

Es cierto. La confrontación con el iusnaturalismo fue una moda en los tiempos de Kelsen. Pero su deseo de construir una unidad indestructible del derecho terminó desfigurando al propio sistema jurídico e impide justamente lo que él perseguía, que: “...**la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo**”<sup>42</sup>. Su propuesta tuvo el efecto contrario y atentó contra un elemento clave en su modelo: El principio de verificabilidad.

Sí una proposición está dotada de sentido cuando es verificable y sólo cuando es verificable; y el sentido de una proposición se identifica con el método de su verificación, ¿cómo pudo dejar a un lado la experiencia milenaria de aplicación del derecho? Solo para ejemplificar con una materia con la que estoy familiarizado, el derecho romano:

*“Lo cierto del caso es que, en el concepto de Justicia romano, está presente el reconocimiento del otro y la valoración de lo que es merecido por él. Y son estos aspectos los que permiten un contraste entre Justicia y una equidad [**Aequitas**] más en la dirección de solucionar los con-*

---

41 Wittgenstein, Op. Cit.

42 Kelsen, Ídem.

*flictos y como mecanismo a utilizar, ante la eventualidad de un litigio, para atemperar el **ius civile**. Y en aquel momento histórico en el que preponderaba lo formal y ritual, el magistrado procuraba evitar una salida **inaequa** confiriendo una **actio** o una **exceptio** de acuerdo a la posición procesal de las partes. Este tipo de decisión no estaba signada por la arbitrariedad del magistrado y se podría afirmar que es el precedente de la **equity** del **Common Law**<sup>43</sup>.*

En el lenguaje de Wittgenstein, considero que privar al derecho de su raíz histórica y concebirlo como sistema cerrado de lo estrictamente jurídico implica realizar una proposición supraempírica, esa que él tanto crítico por la utilización de la metafísica; ya que con ella se pretende, falsamente, establecer un saber acerca de lo supraempírico, un lenguaje que supere el plano fáctico. Si solo se puede hablar de los hechos, lo fáctico en el derecho ha sido, desde su origen, la utilización de fuentes complementarias y criterios de interpretación que superan el rango de la norma positiva. De manera que el problema planteado por el positivismo, en el campo del derecho, ha sido mal planteado y que la uniformidad de cualquier sistema jurídico es un mito.

### 3. *El mito de la autonomía*

El tercer mito asume que el derecho se basta a sí mismo y que para su interpretación son suficientes los criterios de literalidad, conexión lógica, asimilación analógica y coherencia sistemática del orden positivo, para definir su aplicación. Volviendo al ejemplo citado del derecho romano, a la par de confirmar las disposiciones existentes de **ius civile**, la deci-

---

43 Tulio Álvarez, *Comentarios a las Institutas de Justiniano*. Tomo I. Comentario al Título I. ¿Cómo opera este *ius praetorium*? Tal como se infiere de la cita anterior, su función de complemento es compatible con la valoración de la costumbre como fuente de derecho, en los términos analizados, pero con una connotación mucho más compleja por la activación de la equidad como fórmula de solucionar los conflictos. Y es precisamente con esta operación intelectual en la que el pretor podía amortiguar la rigidez de la ley y aplicar una costumbre. Es por esta razón que Marciano lo coloca en el plano de la interpretación de la norma para hacerla un derecho vivo, la viva voz del derecho civil, *Marcianus libro primo institutionum, D.1.1.8: "Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis"*.

sión pretoria podía dirigirse a llenar los vacíos de la legislación, lo que implicaba la corrección de ese derecho; y algo sumamente importante, el *ius civile* era un estatuto personal del ciudadano romano mientras que el derecho pretoriano no estaba reservado a los ciudadanos ya que su climax de formación se produce en el momento en que las relaciones mercantiles con los extranjeros han llegado a su máxima expresión. Ante esta situación se hizo imprescindible flexibilizar el derecho con la creación de actos y procedimientos que permitieran el comercio con los habitantes de otros pueblos. Y que no se diga que la jurisdicción de equidad es derecho puro, ni en el derecho romano ni en el derecho romano actual.

Pero el hecho mismo de que la norma positiva debe ser objeto de interpretación revela que el sistema no es autónomo ya que ese estudio interpretativo nunca será un simple análisis explicativo de la regla de derecho. Es por ello que resalto que más que problema conceptual la esencia del derecho se encuentra en su aplicación y que, en esta, la adecuación de la norma abstracta y general al caso concreto vivifica lo jurídico. Y que conste que no voy a desarrollar aquí el esquema ejecutado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que parte de una “potestad normativa” basada en su carácter de último interprete de la Constitución y en la naturaleza vinculante de sus decisiones, tremendamente marcadas por lo político; y signadas por un grado máximo de subjetividad y arbitrariedad. Ejecutando tal potestad, ese órgano jurisdiccional ha modificado la normativa positiva y ha creado procedimientos de conformación normativa<sup>44</sup>.

## VII. Conclusiones

En estas breves conclusiones, quisiera citar la presentación que de sus editores hace la Revista Derecho y Sociedad, ya que reflejan mi sentir sobre la problemática planteada en este artículo: «**Somos unos cuantos quienes hemos combatido, de una forma u otra, con argumentos que a**

---

44 En la lista de referencia de este artículo enumero algunas de las más relevantes decisiones en ejecución de esa “potestad normativa”, signadas por el hecho político. Repito, esos son solo algunos casos emblemáticos; y solo reflejan el aspecto cualitativo, no cuantitativo, de la actividad de la Sala Constitucional.

*menudo se parecen mucho, la explicación científica propuesta por Kelsen, Duguit y Wyer. Hemos denunciado el proceder de nuestros antecesores que tendía hacia la purificación del objeto, y nos hemos reunido precisamente en nombre de su «impureza»... porque nuestras investigaciones nos han enseñado que el derecho es tanto un fenómeno histórico, cultural y social como lógico...»<sup>45</sup>. Ese ha sido mi objetivo al desarrollar este trabajo, demostrar la imposibilidad de presentar tal pureza en lo jurídico.*

El pensamiento humano se adapta, algunas veces evoluciona. El concepto puro kelseniano se morigeró con el reconocimiento de un cierto marco de acción, la más de las veces indeterminado, para quien tenga la responsabilidad de aplicar el orden positivo; y se entiende entonces que sea en la argumentación, la interpretación y la subsunción de la norma jurídica, en la que los fanáticos del *juridicismo* encuentran los mayores baches. Esto es así porque los mitos positivistas han hecho daño en la praxis; y este ha sido profundo. No es de extrañar que, a mayor radicalismo en la negación de los valores universales, el resultado haya sido la repotenciación de esos principios que se identifican con el derecho natural.

Yo entiendo la tarea del jurista como actividad creadora, inclusive en el orden de lo inventivo, más que como actividad de demostración formal de las reglas y normas positivas que deberían valer por sí mismas. El arte de argumentar implica la presentación del derecho de manera que exprese la solución a un conflicto de entre varias opciones factibles. La existencia de la controversia siempre supondrá esa realidad.

Partir de una pureza del derecho implicaría que todos los interpretes del mismo actúan en forma objetiva y de acuerdo a un ejercicio intelectual absolutamente reglado; en pocas palabras, un punto de partida imposible. Al contrario, sostener que el derecho tiene un factor de validación, implica aceptar la impureza de un sistema en el cual no toda norma creada por el Estado es justa y no todo interprete, en especial los

---

45 Revista *Droit et Société*, 1, 1985, p.11. <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/revue-ds.htm>.

jueces, está formado, es imparcial, en síntesis, tiene competencia subjetiva.

La filosofía del derecho se traduce en un esfuerzo de abstracción en la búsqueda del mejor derecho. Para ello, es imprescindible trabajar su desarrollo histórico inquiriendo sobre las constantes universales que lo marcan como ideal de justicia que brota de la razón pura. Me permito una cita final a Kant, en su *Metafísica de las Costumbres*, en este esfuerzo conclusivo:

*“El uso especulativo de la razón, con respecto a la naturaleza, conduce a la necesidad absoluta de alguna causa suprema del universo; el uso práctico de la razón, con respecto a la libertad, conduce también a una necesidad absoluta, pero sólo de las leyes de las acciones de un ser racional como tal. Ahora bien: es principio esencial de todo uso de nuestra razón el llevar su conocimiento hasta la conciencia de su necesidad (que sin ella no fuera nunca conocimiento de la razón). Pero también es una limitación igualmente esencial de la misma razón el no poder conocer la necesidad, ni de lo que existe o lo que sucede, ni de lo que debe suceder, sin poner una condición bajo la cual ello existe o sucede o debe suceder. De esta suerte, empero, por la constante pregunta o inquisición de la condición, queda constantemente aplazada la satisfacción de la razón. Por eso ésta busca sin descanso lo incondicional-necesario y se ve obligada a admitirlo, sin medio alguno para hacérselo concebible: harto contenta cuando puede hallar el concepto que se compadece con esa suposición. No es, pues, una censura para nuestra deducción del principio supremo de la moralidad, sino un reproche que habría que hacer a la razón humana en general el que no pueda hacer concebible una ley práctica incondicionada (como tiene que serlo el imperativo categórico), en su absoluta necesidad; pues si no quiere hacerlo por medio de una condición, a saber, por medio de algún interés puesto por fundamento, no hay que censurarla por ello, ya que entonces no sería una ley moral, esto es, suprema, de la libertad. Así pues, no concebimos, ciertamente, la necesidad práctica incondicionada (como tiene que serlo el imperativo categórico), en el imperativo moral; pero concebimos, sin embargo, su*

*inconcebibilidad; y esto es todo lo que en equidad, puede exigirse de una filosofía que aspira a los límites de la razón humana en principios”.*

La Filosofía del Derecho traduce un ideal que pretende convertirse en praxis y es en la existencia de un orden valorativo, sustentado en lo más profundo de la naturaleza humana, en que esa realidad coercitiva encuentra sus límites. Más allá de un orden paralelo o superpuesto, se trata de ese horizonte de Justicia al que tantas veces he hecho referencia; y que me conformo con identificar como derecho natural, un patrón de validación del orden jurídico.

## VIII. Lista de referencias

- Álvarez, Tulio, *Comentarios a las Institutas de Justiniano*. Tomo I [Parte General]. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010.
- , *Constituyente, Reforma y Autoritarismo del Siglo XXI*. Caracas: Ediciones UCAB, 2007.
- , *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. 5ª edición aumentada y corregida. Tres tomos. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2014.
- Arendt, Hannah, *Hombres en tiempos de oscuridad*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2001.
- , *La Condición humana*. Barcelona: Paidós, 1993.
- , *Los orígenes del totalitarismo*. Bogotá: Editora Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., 2004.
- Atias, Christian, *Philosophie du Droit*. 3a edición. Colección Themis. Paris: Presses Universitaires de France, 2012.
- Billier, Jean-Cassien, Maryioli, Aglaé, *Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Armand Colin Éditeur, 2001.
- Bodino, Juan, *Los Seis Libros de la República. Antologías del Pensamiento Político*. Instituto de Estudios Políticos, U.C.V. Caracas: Imprenta Universitaria, 1966.
- Bohm, David, *La Totalidad y el Orden Implicado*, Colección Nueva Ciencia. 4ª Edición. Barcelona: Editorial Kairós, 2008.
- Cabada Castro, Manuel, *Feuerbach y Kant: dos actitudes antropológicas*. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1980.



Canaris, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2º Edición. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

Capelle, Philippe (Editor) *Dieu et la Cité: Le Statut Contemporain du Théologico-Politique*. Paris: Les Éditions du Cerf, 2008.

Chabot, Jean Luc, *Histoire de la Pensée Politique*. Saint Martin d'Hères (Isère): Presses Universitaires de Grenoble, 2001.

Chantebout, Bernard, *Droit Constitutionnel*. 23ª Edición. Paris: Éditions Dalloz, 2006.

Colin, Pierre, *L'audace et le soupçon. La crise du modernisme dans le catholicisme français 1893 – 1914*. Paris: Desclée de Brouwer, 1997.

Del Vecchio, Georges, *Leçons de Philosophie du Droit*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936.

De Vitoria, Francisco, *La Ley*. Estudio preliminar y traducción de Luis Frayle Delgado. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_, *La Justicia*. Estudio preliminar y traducción de Luis Frayle Delgado. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

Descartes, Rene, *Discourse on the Method of Rightly Conducting the Reason*. En *The Philosophical Works of Descartes*. Cambridge University Press, 1970.

Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa Editorial, S.A., 1988.

\_\_\_\_\_, *La Comunidad Liberal*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores [Universidad de los Andes], 1996.

\_\_\_\_\_, *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 2002.

Easton, David, *A Systems Analysis of Political Life*. New York: John Wiley and Sons, Inc., 1965.

———, *Un Análisis de Sistemas de la vida política*. Chigago: Universidad de Chicago, 1979.

Edwards, Michael, *Civil Society*. Cambridge (UK): Blackwell Publishing, 2004.

Finnis, John (1996). *Natural Law and Natural Rights*. New York, U.S.A.

Gilson, Etienne, *God and Philosophy*. New Haven: Yale Univ. Press, 1941.

———, *The Unity of Philosophical Experience*. New York: Scribner's, 1950.

González, Carlos Manuel (2002). *Racionalidad científica y discursos prácticos*. Río Cuarto, Argentina.

Goyard-Fabre, Simone (Editor), *L'Etat Moderne: Regards sur la Pensee Politique de L'Europe Occidentale entre 1715 et 1848*. Paris: Vrin, 2000.

Goyard-Fabre, Simone, *La philosophie du droit d'Enmmanuel Kant*. Paris: Vrin, 1996.

Guasco, Maurilio, *Modernismo. I fatti, le idee, i personaggi*. Milán: Edizioni San Paolo S.R.L., 1995.

Guchet, Yves, *Histoire des Idées Politiques*. Paris: Armand Colin Éditeur, 1995.

Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Philosophy of Right*. Oxford: Clarendon Press.

Hobbes, Thomas, *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República, eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica, 1940.

Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

—————, *Critique of Practical Reason and Other Writings in Moral Philosophy*. Chicago: University of Chicago Press, 1949.

—————, *Critique of Pure Reason*. Editado por Paul Guyer y Allen W. Wood. Cambridge: University Press, 1997.

—————, *Critique of the Power of Judgment*. Editado por Paul Guyer. Cambridge: University Press, 2000).

Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*. México: Editora Nacional, 1979.

—————, *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Ed. Eudeba, 1982.

Locke, John, *Carta Sobre la Tolerancia*. Introducción de Pedro Bravo Gala. Caracas: Instituto de Estudios Políticos, U.C.V., 1966.

—————, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Aguilar ediciones, 1969.

Marina, José Antonio, *Dictamen sobre Dios*. Barcelona: Editorial Anagrama, 2005.

Maritain, Jacques, *El Hombre y el Estado*. Madrid: Club de Lectores, 1983.

Morris, Clarence (Editor), *The Great Legal Philosophers: Selected readings in jurisprudence*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1995.

- Pactet, Pierre, *Institutions Politiques - Droit Constitutionnel*. 21ª Edición. Paris: Armand Colin, 2002.
- Rovira Belloso, José María, *Introducción a la Teología*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1996.
- Rousseau, Juan Jacobo, *Discurso Sobre el Origen de la desigualdad de los Hombres*. Edición digital basada en la edición de Madrid, Calpe, 1923, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. La traducción del francés ha sido hecha por Ángel Pumarega.
- Sánchez-Arcilla, José, *Jacobus, id quid ego: Los caminos de la Ciencia Jurídica*.
- Toulmin, S., *The Uses of Argument*. Cambridge: C.U.P., 1958.
- Toulmin, S., R., Rieke y A., Janik, *An Introduction to Reasoning*. New York: MacMiflan, 1979.
- Vidal, Marciano, *Moral Fundamental*. 5ª Edición. Madrid: 1988.
- Villey, Michel, *Critique de la pensée juridique modern*. Paris: Dalloz, 1976.
- \_\_\_\_\_, *Philosophie du droit* (Tomo I). 3a edición. Paris: Dalloz, 1982.
- \_\_\_\_\_, *Philosophie du droit* (Tomo II). 2a edición. Paris: Dalloz, 1984.
- \_\_\_\_\_, *Filosofía del Derecho*. Colección Universitaria. Barcelona: Editorial: Scire, S.L., 2003.
- \_\_\_\_\_, *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*. Paris: P.U.F., 1987.

Wittgentein, Ludwig, *Tractatus Logico - Philosophicus*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

### Artículos en revistas arbitradas

Álvarez, Tulio, “La Ley Natural como patrón del orden justo”. *FRONTSIS: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política del Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J.M. Delgado Ocando de la Universidad del Zulia*, (2009) Volumen N° 16, N° 3.

Bix, Brian H., “Radbruch’s Formula and Conceptual Analysis”. *American Journal of Jurisprudence*, (2011) 56(1): 45-57 doi:10.1093/ajj/56.1.45

Endicott, Timothy, “The Reason of the Law”. *American Journal of Jurisprudence*, (2003) 48(1): 83-106 doi:10.1093/ajj/48.1.83

Finnis, John, “Law and What I Truly Should Decide”. *American Journal of Jurisprudence*, (2003) 48(1): 107-129 doi:10.1093/ajj/48.1.107

Fuller, Lon L., “Human Interaction and the Law”. *American Journal of Jurisprudence*, (1969) 14(1): 1-36.

Gardner, John, “Nearly Natural Law”. *American Journal of Jurisprudence*, (2007) 52(1): 1-23 doi:10.1093/ajj/52.1.1

\_\_\_\_\_, “Legal Positivism: 5½ Myths”. *American Journal of Jurisprudence*, (2001) 46(1): 199-227

Gluckman, Max, “Natural Justice in Africa”. *American Journal of Jurisprudence*, (1964) 9(1): 25-44

Grisez, Germain, “Against Consequentialism”. *American Journal of Jurisprudence*, (1978) 23(1): 21-72

Hart, H.L.A. "Legal and Moral Obligation". En A.I. Melden (Ed.), *Essays in Moral Philosophy*. Seattle, 1958.

Kalinowski, Georges, "Norms and Logic". *American Journal of Jurisprudence*, (1973) 18(1): 165-197

Kelsen, Hans, y Paulson, Stanley L., "The Concept of the Legal Order". *American Journal of Jurisprudence*, (1982) 27(1): 64-84

Kramer, Matthew H., "When Is There Not One Right Answer?" *American Journal of Jurisprudence*, (2008) 53(1): 49-68 doi:10.1093/ajj/53.1.49

Luciani, Rafael, "Sobre las inversiones del poder y el reconocimiento de las diferencias. El sentido teológico del poder, del dilema al drama". *Revista ITER Teología* (2003) 30-31.

Noonan, John T. (Jr.), *American Journal of Jurisprudence*, (1962) 7(1): 169-177.

Nozick, Robert, "Moral Complications and Moral Structures". *American Journal of Jurisprudence*, (1968) 13(1): 1-50

Orejudo Pedrosa, Juan Carlos, "Defensa del humanismo y de los derechos humanos: La figura del sujeto y su historia". *Eikasía, Revista de Filosofía*, (2006) II: 7. <http://www.revistadefilosofia.org>

Raz, Joseph, "About Morality and the Nature of Law". *American Journal of Jurisprudence*, (2003) 48(1): 1-15 doi:10.1093/ajj/48.1.1

\_\_\_\_\_, "Kelsen's theory of the Basic Norm", *American Journal of Jurisprudence*, (1974) 19(1): 94-111

Rhonheimer, Martin, "The Political Ethos of Constitutional Democracy and the Place of Natural Law in Public Reason: Rawls's

«Political Liberalism» Revisited. *American Journal of Jurisprudence*, (2005) 50(1): 1-70 doi:10.1093/ajj/50.1.1

Solum, Lawrence B., “Natural Justice”. *American Journal of Jurisprudence*, (2006) 51(1): 65-105 doi:10.1093/ajj/51.1.65

Ugalde, Luis, *Mediación de las Ciencias Sociales y la Política en la Teología, en Nuevo Mundo*, (1982) año XVIII, N° 104, marzo-abril.

Van der Burg, Wibren (2007). “Essentially Ambiguous Concepts and the Fuller-Hart-Dworkin Debate”. Tilburg, Holanda. Consulta en la web de fecha 9 de agosto de 2009: *University Legal Studies Working Paper* No. 003/2007. Disponible: <http://ssrn.com/abstract=1009179>.

## Documentos

Carta de Hans Kelsen a Renato Treves del 3 de agosto de 1933. Publicada en la *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”* - Año VI, Número 8, 2012. Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires. En la web: [http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0008A006\\_0012\\_clasicos.pdf](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0008A006_0012_clasicos.pdf)  
Consulta del 3 de marzo de 2014.

Conseil Permanent de la Conférence des Évêques de France, Qu’as-tu fait de ton frère? Documento suscrito en París, el 18 de octubre de 2006.  
<http://www.cef.fr/catho/espacepresse/communiqués/2006/20061018elections.pdf>

VATICANO (*Comisión Teológica Internacional*), A La Recherche D’une Ethique Universelle : Nouveau Regard Sur La Loi Naturelle, elaborado por la Comisión Teológica Internacional. Congregación para la Doctrina de la Fe. Santa Sede.  
[http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/cti\\_documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_20090520\\_legge-naturale\\_fr.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_con_cfaith_doc_20090520_legge-naturale_fr.html)

\_\_\_\_\_, Carta Encíclica *Diuturnum Illud* del Sumo Pontífice León XIII Sobre la Autoridad Política, según consulta en [http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_29061881\\_diuturnum\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_29061881_diuturnum_sp.html) Publicada el 18 de abril de 2011.

\_\_\_\_\_, [Concilio Vaticano II] Const. dogm. *Lumen Gentium*, (1965).

\_\_\_\_\_, [Concilio Vaticano II] Decr. *Christus Dominus*, (1966).

\_\_\_\_\_, [Concilio Vaticano II] Const. dogm. *Dei Verbum*, (1966).

\_\_\_\_\_, [Concilio Vaticano II] Const. past. *Gaudium et spes*, (1966).

### **Jurisprudencia venezolana en ejecución de la “potestad normativa” de la Sala Constitucional**

[s.S.C. N° 01-00] Sentencia N° 01 de fecha 20 de enero de 2000, con ponencia de Jesús E. Cabrera Romero. Caso: Emery Mata Millan. En el expediente N° 00-0002. Regula: Amparo – Competencia. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/01-200100-00-002.htm>

[s.S.C. N° 07-00] Sentencia N° 07 de fecha 1° de febrero de 2000, con ponencia de Jesús E. Cabrera Romero. Caso: José Amando Mejía Betancourt y otros. En el expediente N° 00-0010. Regula: Amparo - Procedimiento. <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/07-010200-00-0010.htm>

[s.S.C. N° 93-01] Sentencia N° 93 de fecha 6 de febrero de 2001, con ponencia de Jesús E. Cabrera Romero. Caso: Corpoturismo. En el expediente N° 00-1529. Regula: La naturaleza y procedimiento del Recurso de Revisión.



<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/93-060201-00-1529%20.htm>

[s.S.C. N° 2-2012] Sentencia N° 2 de fecha 3 de febrero de 2012, con ponencia de Carmen Zuleta De Merchan. Caso: Amparo presentado por Marisela Castro Gilly en su condición de Defensora Pública ante la Sala Constitucional a favor de un niño Warao. En el expediente N° 09-1440. Sentencia de la Sala Constitucional que reconoce la vigencia del juzgamiento de los tribunales indígenas legítimamente constituidos conforme a las costumbres ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas y la supeditación del derecho originario o consuetudinario de los indígenas a las normas, reglas y principios contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39865 del 15 de enero de 2012.

[s.S.C. N° 1268-12] Sentencia N° 1268 de fecha 14 de agosto de 2012, con ponencia de Carmen Zuleta De Merchan, caso: Amparo incoado por Yaxmery Elvira Legrand. En el expediente N° 11-0652; y [s.S.C. N° 1550-12] Sentencia N° 1550 de fecha 27 de noviembre de 2012, con ponencia de Carmen Zuleta De Merchan, caso: Aclaratoria de la Sentencia N° 1268 de fecha 14 de agosto de 2012. En el expediente N° 11-0652. Regulan: Procedimiento en casos de violencia contra la mujer.

[s.S.C. N° 1.331-02] Sentencia N° 1.331 de fecha 20 de junio de 2002, con ponencia de Jesús E. Cabrera Romero, caso: acción de amparo constitucional interpuesta por Tulio Álvarez contra el Fiscal General de la República. En el expediente N° 02-1015. Regula: Antejui-  
cio de mérito.  
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1331-200602-02-1015%20.htm>



# Asamblea Nacional: función contralora frente a las decisiones de la Sala Constitucional

*Kathleen Barrios*

## Sumario

- I. Introducción
- II. La Asamblea Nacional
- III. Función contralora de la Asamblea Nacional. a) *Control sobre el Poder Ejecutivo*. b) *Control sobre la actividad de la Administración Pública*. c) *Control sobre el Presupuesto Público*
- IV. La determinación de restricciones a las facultades de control e investigación de la Asamblea Nacional. a) *Sentencia SC/TSJ N° 618/2016 (BCV: Operaciones de crédito público vs Contrato de interés público)*. b) *Sentencia SC/TSJ N° 893/2016 (Caso: Investigación Presidente de PDVSA)*.
- V. De la suspensión de las facultades de control por la Sala Constitucional del TSJ. a) *Sentencia SC/TSJ N° 007/2016 (Caso: Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica N° 2.184)*. b) *Sentencia SC/TSJ N° 184/2016 (Caso: Prórroga del Decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica N° 2.184)*. *Sentencia SC/TSJ N° 814/2016 (Caso: Presupuesto*

*Público). c) Sentencia SC/TSJ N° 006/2017 (Caso: Honores en el Panteón Nacional).*

- VI. Consecuencias explícitas e implícitas de las decisiones de la Sala Constitucional del TSJ. a) *Violación del principio de soberanía popular.* b) *Violación del principio democrático.*
- VII. Reflexiones finales.
- VIII. Referencias bibliográficas.

## I. Introducción

A lo largo del trimestre, quedó claro que el Derecho Constitucional en un sentido restringido estudia la Constitución como norma fundamental de organización del Estado y, en sentido amplio: estudia las instituciones políticas fundamentales, estén o no, contenidas en la Constitución. De este modo, hemos de estudiar la Constitución como un instrumento organizacional del Estado (parte orgánica) y como fundamento jurídico donde se reconocen los derechos fundamentales del hombre (parte dogmática).

Así, en la parte orgánica, detallaremos que la Constitución posee una compleja red de normas de control y equilibrio institucional, entre las cuales se encuentra las funciones de control de la Asamblea Nacional.

Es importante resaltar, de acuerdo a varias referencias acreditadas, la palabra “*Control*” proviene etimológicamente del vocablo latino “*contra rotullus*” de donde pasó al francés “*contre role*” traducido al castellano “*contra el rollo*” que derivó en “*controle*”<sup>1</sup>. Es por esta razón que la palabra control tenga como finalidad: inspeccionar, corroborar y/o verificar que las cosas se realicen de modo adecuado o conforme a ciertos objetivos o reglas.

Así, la Constitución contiene en el Título V (Organización del Poder Público Nacional), en su Capítulo I respecto al Poder Legislativo Nacional: (i) las disposiciones generales; (ii) forma de organización; (iii) las obligaciones de los diputados a la Asamblea Nacional; (iv) el proceso de formación de leyes y en la “*Sección Quinta*” (v) los procedimientos. El presente trabajo se enfocará, particularmente en “*las funciones de control*” distribuidas en ese Capítulo de la Constitución, como por ejemplo el artículo 222, así como las sentencias de la Sala Constitucional del Tri-

---

1 En latín “*Contra rotulus*” era un método utilizado en los tiempos medievales para comprobar la autenticidad de un papel original, toda vez que se refería a un rollo de papel que era un duplicado del original que servía para probar que este último era auténtico.

bunal Supremo de Justicia (en adelante “TSJ”) las cuales serán objeto de estudio en el presente trabajo.

De manera que en Venezuela, quien ejerce control sobre otros órganos y verifica que se cumplan el conjunto de normas y reglas (de conformidad con las atribuciones otorgadas por la misma Constitución, —máxima norma en nuestro país—) es la Asamblea Nacional. En efecto, la Asamblea Nacional como órgano del Poder Público posee diversas funciones y es en el ejercicio de esas funciones, que la Asamblea Nacional se destaca por tener superioridad sobre otros órganos del Poder Público.

No obstante, como veremos en el presente trabajo, estas funciones de control han sido restringidas, suprimidas, usurpadas e incluso, transferidas en algunos casos al Presidente de la República, por decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional y, como podrá evidenciarse, esta jurisprudencia constitucional sobre el desconocimiento de la función contralora de acuerdo a las sentencias de la Sala Constitucional, iniciaron desde la entrada de la nueva directiva de la Asamblea Nacional el 5 de enero de 2016 (integrada en su mayoría por organizaciones políticas opositoras, tras las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre de 2015).

En este orden de ideas, se formularan algunas consideraciones sobre la inconstitucionalidad de algunas de las tantas sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (“TSJ”) y, en base a ellas, se desarrollaran un par de reflexiones que son claras tanto en el Estado de Derecho, como también en el mundo internacional de los derechos humanos.

## II. La Asamblea Nacional

Como podrá observarse, la organización del Poder Público Nacional inicia con el Poder Legislativo Nacional (Artículo 136 de la Constitución). Nuestra actual Asamblea Nacional se apartó de la tradición constitucional, pues pasó de ser de un Congreso Bicameral a una Asam-

blea Unicameral. De acuerdo a la Exposición de Motivos de la Constitución venezolana:

*“El Poder Legislativo Nacional es ejercido por una Asamblea Nacional cuya estructura unicameral responde al propósito de simplificar el procedimiento de formación de las leyes, reducir el costo de funcionamiento del parlamento, erradicar la duplicación de órganos de administración y control y la duplicación de comisiones permanentes, entre otras cosas”.*

No obstante, aun cuando no posee el poder de sus antecesores la Constitución le atribuye facultades representativas, legislativas, políticas, contraloras, jurisdiccionales entre otras, que contribuye al funcionamiento correcto de los fines esenciales del Estado venezolano<sup>2</sup>.

En este sentido, la Asamblea Nacional como órgano del Poder Público y a su vez, como órgano de representación popular, realiza las siguientes funciones estatales: (a) función legislativa; (b) función política; (c) función administrativa, (d) función jurisdiccional; (e) función representativa y (e) función contralora. A esta última, le dedicaremos especial análisis como veremos a continuación:

### **III. Función contralora de la Asamblea Nacional**

Corresponde a la Asamblea Nacional ejercer un control sobre el Gobierno, como también sobre la Administración Pública Nacional, tal y como se desprende del artículo 187 numeral 3 de la Constitución:

*“Corresponde a la Asamblea Nacional:  
(...)”*

---

2 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 3: *“El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución (...)”*

*Ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y en la ley. Los elementos comprobatorios obtenidos en el ejercicio de esta función, tendrán valor probatorio, en las condiciones que la ley establezca. (...)*”.

Asimismo, la Constitución venezolana le atribuye a la Asamblea Nacional los siguientes mecanismos de control, entre los más resalantes tenemos: (i) interpelación, (ii) investigación, (iii) fiscalizaciones y (iv) aprobaciones parlamentarias entre otras, ello de conformidad con el artículo 222 el cual establece:

*“La Asamblea Nacional podrá ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: **las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en esta Constitución y en la ley, y mediante cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento.** En ejercicio del control parlamentario, podrán declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos o funcionarias públicas y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad”.* (Subrayado y negritas añadidas).

Es importante resaltar, la función contralora de la Asamblea Nacional puede implicar no sólo aspectos políticos de la actuación de otros Poderes, sino de los asuntos administrativos y financieros que se deriven de las actuaciones de esos Poderes. De este modo, tenemos el artículo 223 que indica:

*“La Asamblea o sus Comisiones podrán realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el reglamento.*

*Todos los funcionarios públicos o funcionarias públicas están obligados (...), bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer*



*ante dichas Comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones”.*

Es por ello que esta función resulta de particular atención, toda vez que dichas atribuciones deben cumplirse en el marco de una democracia, cuyo Estado democrático es en el que se fundamenta nuestra Constitución.

A continuación, algunas precisiones sobre las actividades de control:

a) *Control sobre el Poder Ejecutivo*

Otra potestad de control que tiene la Asamblea Nacional recae sobre los contratos de interés público que suscriba el Ejecutivo Nacional, cuya celebración está supeditada, en los casos que establezca la Ley, a la autorización que debe otorgar el referido cuerpo legislativo nacional.

Respecto a dichos contratos de interés público, la Asamblea Nacional tiene dos tipos de control: i) uno posterior (artículo 150 Constitucional) necesario para la eficacia del contrato y ii) uno previo a la celebración, necesario para la validez del contrato (artículo 187.9 Constitucional). Esto ha sido adicionalmente señalado mediante sentencia de la Sala Constitucional N° 2.241 de fecha 24 de septiembre de 2002.

Así, sobre este punto, la sentencia N° 618/2016 emanada de la SC del TSJ adoptó el siguiente criterio:

*“En cuanto a las dudas que pudieran surgir respecto a este segundo mecanismo de control por parte de la Asamblea Nacional, si se refiere a un control previo a la celebración y, en consecuencia, necesario para la validez del contrato o si se trata de un control posterior a la celebración y entonces necesario para la eficacia del contrato, en vista del uso por parte del constituyente del término aprobación en el primer aparte del artículo 150 de la Constitución, y el término autorización, en la segunda parte del numeral 9 del artículo 187 del mismo Texto Constitucional, debe esta Sala dejar sentado que,*

*en virtud de la expresión ‘no podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional...’ contenida en la primera de las referidas disposiciones constitucionales (artículo 150), debe concluirse que este segundo mecanismo de control consiste en una autorización que debe otorgar en forma previa a la celebración del contrato de interés público nacional, estatal o municipal por el órgano legislativo, al efecto de que la contratación a celebrar pueda reconocerse como válida, de acuerdo con la Constitución”<sup>3</sup>. (Resaltado añadido).*

Aun cuando del artículo 187 numeral 9 de la Constitución se desprende:

*“Corresponde a la Asamblea Nacional:  
(...)”*

***9. Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley”.***

Resulta evidente e indudable, que los contratos de interés público nacional por parte del Estado, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución, deben someterse a la aprobación de la Asamblea Nacional.

b) *Control sobre la actividad de la Administración Pública*

Como señalamos inicialmente, la Asamblea Nacional ejerce también el control de la Administración Pública Nacional. Cabe destacar en este punto, se atribuye tanto a las comisiones la potestad para realizar las investigaciones y funciones atribuidas a la Asamblea Nacional (Artículo

---

3 Sentencia SC/TSJ N° 2.241/2002 Sentencia que anula el último aparte del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sancionada por la entonces Comisión Legislativa Nacional, el 27/7/2000 y publicada en G.O N° 37.029 del 5/9/2000 del 24 de septiembre de 2002. Expediente N°00-2874 de 24 de septiembre de 2002. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM>

196 de la Constitución) para ejercer funciones de control sobre la Administración Pública Nacional.

Nuevamente, entramos en el tema de la celebración de los contratos de interés público. Así, la Constitución consagra en su artículo 150 que debe requerirse la aprobación del Órgano Legislativo Nacional -Asamblea Nacional-, en los términos siguientes:

***“La celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la Ley.***

***No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional.***

*La ley podrá exigir en los contratos de interés público determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías”. (Resaltado añadido).*

Como si no quedara suficientemente claro, esto vuelve a reiterarse en el artículo 187 numeral 9 del Texto Constitucional.

Anteriormente en la historia venezolana, respecto a esta labor de control de la Asamblea Nacional sobre la Administración Pública, la Contraloría General de la República debía prestar colaboración, en carácter de órgano auxiliar, no obstante, esto cambió en la Constitución de 1999. Cabe destacar, esta función de control no solo es en carácter administrativo sino también político, de allí que los Ministros están obligados por disposición constitucional a concurrir a la Asamblea cuando fueran llamados (como por ejemplo a dar Memoria y Cuenta) o a contestar las interpelaciones que se les realicen, de conformidad con el artículo 222 de la Constitución.

c) *Control sobre el Presupuesto Público*

Sobre este punto, la Constitución establece que la Asamblea Nacional deberá autorizar: (i) los créditos adicionales al presupuesto (Art.187 numeral 7 de la Constitución); (ii) la reducción o modificación de la partida anual variable del presupuesto ordinario nacional asignada al sistema de justicia (Art. 254 de la Constitución) y (iii) los créditos adicionales al presupuesto (Art. 314 de la Constitución).

Asimismo, de acuerdo al artículo 313 de la Constitución la Asamblea Nacional debe (a) discutir y aprobar el presupuesto de gastos operativos del Banco Central de Venezuela<sup>4</sup>, (b) puede alterar las partidas presupuestarias y finalmente, (c) aprueba el presupuesto anual de la Nación.

#### **IV. La determinación de restricciones a las facultades de control e investigación de la Asamblea Nacional**

Fue mediante la sentencia N° 9 de fecha 1 de marzo de 2016 que la Sala Constitucional interpretó las funciones contraloras de la Asamblea Nacional y estableció sus límites democráticos para garantizar el equilibrio entre Poderes<sup>5</sup>. En definitiva, con esta sentencia la Sala Constitucional eliminó las facultades de control político del parlamento, señalando que el control de la Asamblea Nacional solo se limita al Poder Ejecutivo y no sobre los otros Poderes del Estado, al indicar que tampoco tenía función contralora sobre el poder público estatal ni sobre el poder público municipal. En consecuencia, de acuerdo a esta sentencia, mal podría considerar la Asamblea Nacional: investigar, interpelar o algún otro similar al Poder Judicial, Poder Ciudadano y Poder Electoral.

El motivo de la Sentencia N° 9 fue con ocasión a la revisión de las designaciones de altos funcionarios (específicamente, la designación de

---

4 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 319.

5 Sentencia N° 9 del 1 de marzo de 2016 de la Sala Constitucional del TSJ disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML>

los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia) que había realizado la Asamblea Nacional.

Fue así, como la Sala Constitucional estableció que el parlamento no está legitimado “*para revisar, anular, revocar o de cualquier otra forma dejar sin efecto el proceso interinstitucional de designación de los magistrados (...) del Tribunal Supremo de Justicia*”<sup>6</sup>. Adicionalmente, desaplicó por control difuso los artículos “3, 11, 12 y 21-26 de Ley sobre el Régimen para la Comparcencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos o los y las particulares ante la Asamblea Nacional o sus comisiones, en lo que respecta a los funcionarios ajenos al Ejecutivo Nacional y del artículo 113 de Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional”.

Podríamos afirmar que esta sentencia empezó a construir la plataforma sobre la cual, la Sala Constitucional, comenzó a restringir y posteriormente suspender, las funciones contraloras del Poder Legislativo Nacional.

Como veremos, pareciera tratarse de una doctrina que fue, más pronto que tarde, desarrollada a lo largo del año 2016 hasta la presente fecha, tal y como se puede evidenciar en los siguientes fallos de la Sala Constitucional del TSJ: sentencia SC/TSJ N° 618/2016 (Caso: Interpretación del art. 150, 187,9 entre otros); sentencia SC/TSJ N° 893/2016 (Caso: Investigación del Presidente de PDVSA. Y en cuanto a la suspensión y transferencia de las facultades, tenemos: sentencia SC/TSJ N° 007/2016 (Caso: Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica N° 2.184); sentencia SC/TSJ N° 184/2016 (Caso: Prórroga del Decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica N° 2.184); sentencia SC/TSJ N° 411/2016 (Caso: Decreto de Estado de Excepción

---

6 Sentencia N° 9 del 1 de marzo de 2016 de la Sala Constitucional del TSJ disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML>, en el punto 3.10 donde también señaló que esa falta de legitimación además de no estar prevista en la Constitución y atentar contra el equilibrio entre Poderes: “*sería tanto como remover a los magistrados y magistradas sin tener la mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, sin audiencia concedida al interesado o interesada, y en casos de -supuestas- faltas -graves- no calificadas por el Poder Ciudadano, al margen de la ley y de la Constitución*”

y de Emergencia Económica N° 2.323); sentencia SC/TSJ N° 615/2016 (Caso: Prórroga del Decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica N° 2.323); sentencia SC/TSJ N° 814/2016 (Caso: Presupuesto Público) y, hasta la fecha de entrega de este trabajo, la sentencia SC/TSJ N° 006/2017 (Caso: Honores en el Panteón Nacional).

A continuación, breve resumen de los puntos más importantes de las sentencias arriba señaladas:

- a) *Sentencia SC/TSJ N° 618/2016 (BCV: Operaciones de crédito público vs Contrato de interés público)*

El 20 de julio de 2016 la Sala Constitucional del TSJ (en ponencia conjunta) dictó sentencia N° 618. La pretensión giraba en torno al contenido y alcance de varias normas constitucionales vinculadas a los contratos de interés público nacional. La Sala resolvió interpretar los artículos 150,187 numeral 9, 236 numeral 14 y 247 de la Constitución y decidió *“un control previo por parte del órgano legislativo sobre las operaciones del Banco, atentaría, (...) contra la autonomía de dicha institución, toda vez que sería contrario al lógico orden jurídico suponer que el ordenamiento normativo prevé un control a doble nivel de las operaciones del Banco”*<sup>7</sup>.

Precisó que el Banco Central de Venezuela es una persona jurídica de Derecho Público, de rango constitucional, dotado de autonomía para el ejercicio de las políticas de su competencia, que no forma parte ni de la Administración Central ni de la Administración Descentralizada funcionalmente, sino que, atendiendo a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que lo regulan y que han sido desarrolladas por la Ley Especial que lo rige, forma parte de la llamada *“Administración con autonomía funcional”*, la cual constituye un elemento fundamental para el cumplimiento de los fines que la ley le asigna; por

---

7 Sentencia N° 618 del 20 de julio de 2016 de la Sala Constitucional del TSJ disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683.HTML>

lo que, requiere de un ordenamiento y organización especiales, propio y diferente del común aplicable a las demás entidades públicas o privadas.

Para sustentar lo anterior, la Sala agregó que el contrato suscrito entre el Banco y el Fondo Internacional de Reservas se realizaba en ejecución de un Convenio Internacional suscrito y ratificado por el Estado venezolano, en consecuencia, no debe considerarse como un contrato de interés público nacional, con lo cual, no se encontraba sujeto a la autorización de la Asamblea Nacional ni requiere de consulta a la Procuraduría General de la República.

La Sala reiteró que anteriormente ha reconocido excepciones a contratos que aunque implican de algún modo el endeudamiento de la nación por ser operaciones de crédito público, no se han catalogado ni podrían catalogarse como contratos de interés público.

b) *Sentencia SC/TSJ N° 893/2016 (Caso: Investigación Presidente de PDVSA)*

La Sala Constitucional del TSJ admitió en ponencia de Gladys María Gutiérrez Alvarado la Sentencia N° 893/2016, mediante la cual, decidió una demanda de nulidad contra los actos realizados en el marco de la investigación aprobada por la plenaria de la Comisión Permanente de Contraloría de la Asamblea Nacional, el 17 de febrero de 2016 interpuesta por Rafael Ramírez Carreño y otorgó una medida cautelar mediante la cual, suspendió la investigación que había sido adelantada por la Comisión ante los presuntos ilícitos cometidos por el Presidente de PDVSA. De esta forma la Sala Constitucional, interfirió grave e injustificadamente en el ejercicio de las funciones de control de la Asamblea Nacional y sus Comisiones, así como también atenta contra los principios constitucionales y deberes de la Asamblea Nacional en su lucha contra la corrupción, transparencia y rendición de cuentas. Con esta sentencia la Sala Constitucional, bloqueó una vez más, la función contralora que ostenta el parlamento.

## V. De la suspensión y transferencia de las facultades de control por la Sala Constitucional del TSJ

Desde creación de la Sala Constitucional del TSJ en la Constitución de 1999, se hace notoria su cualidad de máximo y último interprete de la Constitución, cuya obligación constitucional es la de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, así como su uniforme interpretación y aplicación.

A continuación, breves precisiones respecto a las consideraciones realizadas por la Sala Constitucional con ocasión a las funciones de control y de investigación de la Asamblea Nacional, así como también las relativas a lo establecido en el Reglamento de Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, en cada uno de los fallos:

- a) *Sentencia SC/TSJ N° 007/2016 (Caso: Recurso de interpretación Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica N° 2.184)*

El 11 de febrero de 2016 la Sala Constitucional del TSJ decidió mediante sentencia N° 007 (en ponencia conjunta) un recurso de interpretación constitucional de los artículos 27 y 34 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción<sup>8</sup>, interpuesto por diversos miembros de consejos comunales a los fines de obtener pronunciamiento en cuanto a la vigencia del decreto 2.184 publicado en la *Gaceta Oficial N° 6.214 Extraordinario de fecha 14 de enero de 2016*. Cabe destacar que sobre dicho Decreto se había dictado sentencia N° 004/2016 mediante la cual se declaró (a) la competencia de la Sala (b) la constitucionalidad del Decreto y (c) la publicación del fallo en *Gaceta Oficial*.

En el presente recurso, los miembros de los consejos comunales plantearon la siguiente interrogante “*Si, el Decreto que declara el estado de excepción debe enviarse a la Asamblea Nacional para su consideración y aprobación, y ninguna de las normas referidas al régimen de los estados de excepción*”

---

8 Ley Orgánica sobre Estados de Excepción publicada en la *Gaceta Oficial N.° 37.261* del 15 de agosto de 2001.



*tanto constitucionales, como legales, no precisan los efectos de la no aprobación, ¿Cuál sería entonces el ámbito de certeza, en cuanto a las consecuencias para el Decreto que declara el estado de excepción?”* 9 Así, la Sala adoptó el criterio de que la aprobación o desaprobación –control político– que ejerce la Asamblea Nacional sobre los decretos que de declaran estados de excepción debe realizarse dentro de las 48 horas de haberse hecho público el decreto de conformidad con el artículo 27 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción y de omitirse esta formalidad jurídica esencial, operará el silencio positivo<sup>10</sup>, aun cuando la Asamblea Nacional declare la desaprobación del decreto, la misma solo lo afecta desde la perspectiva del control político, es decir, lo condiciona políticamente y no desde la perspectiva jurídico-constitucional, pues sobre ese punto se encarga la Sala Constitucional, como máxima protectora de la constitucionalidad<sup>11</sup>.

En definitiva, consideró que solo la desaprobación de la propia Sala Constitucional condicionaría la legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídica del decreto en cuestión y de su prórroga. Toda vez que ese control político ejercido por la Asamblea Nacional, además de ser un control relativo, está sometido al control constitucional, que además de ser un control jurídico y rígido, es absoluto y vinculante, al incidir en la vigencia, validez, legitimidad y efectividad de los actos jurídicos, incluyendo

---

9 Sentencia SC/TSJ N° 007/2016. Caso: Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica N° 2.184. Expediente N° 16-0117 de fecha 11 de febrero de 2016. Ponencia Conjunta. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/184885-07-11216-2016-16-0117.HTML>

10 La Sala señaló: Para que la Asamblea pueda pronunciarse con posterioridad a las 48 horas indicadas en el párrafo inicial del artículo 27, debe cumplirse con la realización de la sesión especial, que además solo puede tratar ese único objeto. –artículo 59 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional– y, de ser necesario, acordar una prórroga debidamente justificada para considerar el decreto con posterioridad al aludido lapso, pero dentro de los ocho (8) días, salvo caso fortuito o fuerza mayor (artículo 27 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción).

11 Sentencia SC/TSJ N° 007/2016. Caso: Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica N° 2.184. Expediente N° 16-0117 de fecha 11 de febrero de 2016. Destacó: (...) de allí que aquel control, sobre la base de los principios y normas mencionados, además de la autonomía del Poder Público, no invalida la tutela definitoria de la constitucionalidad.

los decretos mediante los cuales se establecen estados de excepción. Así, se atribuyó el control supremo de los actos del Poder Público y la potestad de dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualquiera de los órganos del Poder Público, incluyendo al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo y desaplicó el artículo 33 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

Sobre esta sentencia es importante resaltar como anécdota histórica, la tendencia predominante del constitucionalismo patrio y del sistema fundamentalmente presidencialista que ha imperado en el mismo, pues ha optado, históricamente desde el siglo XIX, en asignar esta especial potestad que incide en los derechos fundamentales, al Presidente o Presidenta de la República, quien es Jefe de Estado y Jefe del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno (artículo 226 Constitucional), y sólo en algunas Constituciones se ha dado intervención, generalmente limitada y referida al control político, al Poder Legislativo Nacional en esta materia, tal como ocurre en las Constituciones de 1961 y de 1999, entre otras tantas.

Así pues, en la Constitución de 1961 (sin control jurídico-constitucional), la declaración de restricción o supresión de garantías también correspondía al Presidente de la República, pero el constituyente sólo indicó que el decreto que la contenía debía ser sometido a consideración de las Cámaras en sesión conjunta o de la Comisión Delegada. La actual, como ya lo referimos, se refiere a su consideración y aprobación. Así pues, ni la Constitución de 1961 ni la de 1999 se refieren de forma expresa a su eventual desaprobación (*probablemente partiendo de la naturaleza propia de los estados de excepción y de los principios de presunción de legitimidad de los actos del Poder Público, de unidad de fines del Estado y colaboración a lo interno del Poder Público*). Por el contrario, no se encuentra dentro de las atribuciones contempladas en el artículo 187 Constitucional vigente, la de desaprobar o improbar el estado de excepción decretado por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, por lógica jurídica, la referencia expresa a la aprobación, en la Constitución de 1999, apareja la posibilidad contraria, es decir, la de la desaprobación, tal como lo ha reconocido esta Sala.

b) *Sentencia SC/TSJ N° 184/2016 (Caso: Prórroga del Decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica N° 2.184)*

En fecha 17 de marzo de 2011 la Sala Constitucional del TSJ, con ponencia conjunta, adoptó la sentencia N° 184/2016 mediante la cual declaró la constitucionalidad del Decreto N° 2.270 que prorroga el Decreto N° 2.184 que declara el Estado de Excepción y Emergencia Económica de fecha 14 de enero de 2016, cuya legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídica-constitucional fue declarada por la Sala en la Sentencia N° 007/2016 de fecha 11 de febrero de 2016. Todo esto en su condición de máxima y última intérprete de la Constitución. Esta sentencia reproduce el contenido de la Sentencia N° 007/2016 No obstante, vale la pena resaltar que la Sala hizo unas consideraciones adicionales al señalar:

- i) Que si en efecto la Sala tiene la atribución constitucional de revisar en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren “estados de excepción”, obviamente tiene la competencia para examinar igualmente la constitucionalidad de los decretos que los prorroguen, toda vez que constituyen la prolongación del estado de excepción inicial, que fue objeto de control.
- ii) Que incluso el Poder Legislativo Nacional había reconocido la existencia de una situación nacional extraordinaria que se vincularía, en todo caso, “a la materia económica, lo cual exige la toma de medidas excepcionales oportunas para regresar a la situación de normalidad social (...)” de conformidad con el acuerdo emanado por la Asamblea Nacional que se declaró la “Crisis Humanitaria e Inexistencia de Seguridad Alimentaria de la Población Venezolana”, publicado en la G.O. N° 40.866, del 10 de marzo de 2016.

En este sentido, la Sala resalta que en dicho acuerdo, se exige al gobierno nacional “la toma de medidas necesarias para solventar peren-

toriamente la referida situación nacional extraordinaria”<sup>12</sup>. De esta forma, la Sala pareciera considerar que el Decreto es una respuesta a “las especialísimas situaciones fácticas” en las que se encuentra Venezuela.

Sin embargo, los estados de excepción han sido definidos como “*circunstancias extraordinarias dotadas de la característica de la irresistibilidad de los fenómenos y la lesividad de sus efectos, que se plantean en un régimen constitucional, afectando o amenazando con hacerlo a sus instituciones fundamentales, impidiendo el normal desarrollo de la vida ciudadana y alterando la organización y funcionamiento de los poderes públicos*”<sup>13</sup>. En la actualidad venezolana, la excepción pasó a ser la regla.

Del mismo modo, ocurrió con las Sentencias SC/TSJ N° 411/2016 (Caso: Decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica N° 2.323) y la Sentencia SC/TSJ N° 615/2016 (Caso: Prórroga del Decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica N° 2.323) la Sala sostuvo que la Asamblea Nacional no cumplió con los lapsos constitucionales para el ejercicio del control político y reiteró el criterio de que el parlamento carece de competencia para desaprobado.

c) *Sentencia SC/TSJ N° 814/2016 (Caso: Presupuesto Público)*

El 11 de octubre de 2017 la Sala Constitucional (en Ponencia Conjunta) la Sala Constitucional declaró que el Presidente de la República debía presentar el presupuesto nacional ante esa máxima instancia, toda vez que la Asamblea Nacional se encontraba en desacato. Mediante esta sentencia, la Sala decidió ejercer el control de ese acto del Poder Ejecutivo. Más no conforme con eso, decidió que la Asamblea Nacional no podrá, ni siquiera retornando al cauce constitucional, alterar en ningún momento las partidas presupuestarias, ni pretender obstruir, ni incidir

---

12 Gaceta Oficial N° 40.866 del 10 de marzo de 2016. Disponible en: [http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc\\_99f43d6e09fd4068ed4f8e0f58ad3671ffa15a4e.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_99f43d6e09fd4068ed4f8e0f58ad3671ffa15a4e.pdf)

13 Rondón de Sansó, Hildegard. “El Régimen de los estados de excepción en la Constitución de 1999”, en *Cuatro Temas Álgidos de la Constitución Venezolana de 1999*. Caracas. 2004.

en la integridad de las disposiciones establecidas en el decreto de presupuesto nacional. De esta forma, suspendió la atribución constitucional que posee la Asamblea, de conformidad con el artículo 313 de la Constitución.

d) *Sentencia SC/TSJ N° 006/2017 (Caso: Honores en el Panteón Nacional)*

El 20 de enero de 2014 (Magistrada Ponente Lourdes Benicia Suárez Anderson) la Sala Constitucional del TSJ dictó sentencia N° 006, mediante la cual pasó a interpretar la disposición constitucional “artículo 187, numeral 15”, relativa al otorgamiento de los honores del Panteón Nacional a los venezolanos insignes (atribución de la Asamblea Nacional por disposición Constitucional). Declaró “*resulta inoperante la norma constitucional*”<sup>14</sup> y con base al artículo 2 de la constitución adoptó una interpretación desde la dimensión del “Estado de Justicia” (apoyándose en una parafernalia sobre la progresividad de los derechos humanos en Venezuela) mediante la cual estipuló que la “especialísima y extraordinaria” situación en la que se encuentra la Asamblea Nacional (inhabilitada –desacato– por el máximo órgano del Poder Judicial para realizar todas las competencias señaladas en el art.187 de la CRBV) permite que el Presidente pueda otorgar los honores del Panteón Nacional.

## **VI. Consecuencias explícitas e implícitas de las decisiones de la Sala Constitucional del TSJ**

En efecto, las tesis jurisprudenciales arriba señaladas han significado una *mutación inconstitucional*<sup>15</sup>, pues han introducido un cambio al contenido real de los principio y normas constitucionales arriba señalados, amparándose en las sentencias de la Sala Electoral N° 260 del 30 de diciembre de 2015 y la N° 1 del 11 de enero de 2016, en las que se dictó

---

14 Sentencia N° 006 del 20 de enero de 2017 de la Sala Constitucional del TSJ disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/195203-06-20117-2017-17-0080.HTML>

15 Pelayo, M. G. (1984). *Manual de derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza.

el desacato ante la incorporación de los diputados del Estado Amazonas. Asimismo, la Sala Constitucional del TSJ no solo ha asumido poderes que van más allá de su función jurisdiccional, como lo fue el trasladar las atribuciones constitucionales del Parlamento Al Ejecutivo Nacional (Caso: Honores en el Panteón Nacional), sino que también ha suprimido las funciones de control que constitucionalmente le fueron atribuidas a la Asamblea Nacional. Entre varias violaciones, cabe destacar las siguientes:

a) *Violación del principio de soberanía popular*

Existe una violación al principio de la soberanía popular cuando se irrespetan y se violan los derechos políticos de los venezolanos, toda vez que del artículo 62 de la Constitución, así como del artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se infiere que los derechos políticos poseen dos aspectos: (i) el derecho al ejercicio directo del poder y (ii) el derecho a elegir a quienes deben ejercerlo.

La violación de estas disposiciones supone un fracaso y una vulneración de los fines del Estado venezolano, particularmente en el ejercicio democrático de la voluntad popular, es decir, en la concepción de la democracia representativa que, como se ha demostrado en lo largo de la historia de la humanidad, descansa en la soberanía del pueblo y, como lo señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe Anual del año 2002: “*en la cual las funciones a través de las cuales se ejerce el poder son desempeñadas por personas escogidas en elecciones libres y auténticas*”<sup>16</sup>.

Mal podría considerarse, que la sola juramentación de tres diputados del Estado Amazonas, una mera formalidad, acarree con la invalidez, inexistencia e ineficacia jurídica de los actos y de las actuaciones de la Asamblea Nacional, desconociendo la voluntad popular que se encuentra expresada en el resto de los diputados que conforman la Asamblea Nacional y representan a todos y cada uno de los venezolanos.

---

16 Informe Anual 2002, CIDH 2003a, Cap. IV, Cuba, párr. 11

b) *Violación del principio democrático*

Existe violación al principio democrático cuando se vulneran principios constitucionales, así como también, cuando el acto electoral es ineficiente y poco transparente. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en su informe sobre “*La democracia en América Latina*” (2004)<sup>17</sup> ha resaltado:

*“la democracia excede a un método para elegir a quienes gobiernan, es también una manera de construir, garantizar y expandir la libertad, la justicia y el progreso, organizando las tensiones y los conflictos que generan las luchas de poder”* (Negritas añadidas).

De esta forma, queda claro que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene razón al indicar: “El ejercicio de los derechos políticos es ‘inseparable’ de los otros derechos humanos fundamentales” (Informe Haití, CIDH 1990a, cap. I, párr. 15).

Las sentencias señaladas en el presente trabajo se constituyen en violaciones constitucionales que afectan directamente el orden constitucional y democrático, mediante la suspensión y usurpación de atribuciones que le han sido otorgadas constitucionalmente a la Asamblea Nacional.

1. *La inconstitucionalidad de las decisiones de la Sala Constitucional*

Más allá del desacato judicial, la Constitución contempla con el mismo rango una supremacía de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En este sentido, la inconstitucionalidad de las sentencias no solo se deriva de la Constitución, sino que también se evidencia en la violación (i) del carácter imperativo de los derechos humanos; (ii) del principio *pacta sunt servanda*; (iii) de la interpretación conforme al

---

17 Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/PNUD-seminario.pdf>

canon interamericano fijado por la jurisprudencia interamericana<sup>18</sup>; (iv) del principio de progresividad de los derechos humanos dispuesto en el artículo 19 de la Constitución; así como también existe:

- a) *Violación a la lucha contra la corrupción, transparencia y rendición de cuentas*

Las decisiones de la Sala Constitucional del TSJ, especialmente la sentencia SC/TSJ N° 814 del 11 de octubre de 2016, no solo han transferido funciones y atribuido obligaciones que no le corresponden so pretexto de la situación de desacato en la que supuestamente se encuentra la Asamblea Nacional. Sino que también han impedido se ejerzan las medidas necesarias para investigar y verificar la capacidad de endeudamiento.

- b) *Violación de la protección interamericana de los derechos humanos*

Es importante señalar que más allá de las funciones que ostenta la Asamblea Nacional, es ella la representante del pueblo, de todos y cada uno de los venezolanos que participaron o no en las elecciones parlamentarias del 2015. De esta forma, mediante está elaborada tesis doctrinal formada por la Sala Constitucional del TSJ, se ha vulnerado no solo derechos constitucionales, sino de obligaciones internacionales que el Estado venezolano debe garantizar, proteger y velar por su correcto cumplimiento, ya sea por ser parte de pactos, convenios y tratados, como también por haber formado parte de alguno de ellos.

En este orden de ideas, nos encontramos con los denominados y conocidos “derechos políticos”, consagrados en diversos instrumentos internacionales<sup>19</sup>, los cuales “propician el fortalecimiento de la demo-

---

18 Sobre estas violaciones véase Eduardo Meier García, la eficacia de la sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos frente a las prácticas ilegítimas de la Sala Constitucional, Serie Estudios 105. Caracas, 2014, pp. 169-185.

19 Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta Democrática Interamericana, artículos 2, 3 y 6, Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,



cracia y el pluralismo político” tal y como ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) en diversos fallos en materia de derechos políticos, como lo son: (i) caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (Corte IDH 2008b, 42, párr. 141) y (ii) caso Yatama vs. Nicaragua (Corte IDH, 2005b, 88, párr. 192).

De hecho, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”) contempla los derechos políticos en su artículo 23:

*“Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores; y c) de tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país”.*

De esta manera, Venezuela como Estado parte de los tratados sobre derechos humanos como lo fue en el caso de la CADH, tenía y aún mantiene la obligación internacional de “*respetar los derechos y libertades*

---

artículo XX; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 25; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 5.c; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 42; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 7; Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, artículos I, II y III; Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 6; Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, artículos 2 y 3; Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, artículo 6; Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 párr. 5; Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.8, I.18, I.20, II.B.2.27; Protocolo No. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 3); y Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (artículo 13) de la CIDH.

*reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna*<sup>20</sup>. Esa obligación, se complementa a su vez con la obligación internacional específica de cada Estado, de adoptar las disposiciones necesarias en su derecho interno, para que tales derechos puedan ser verdaderamente efectivos, tal y como lo establece el artículo 2 de la CADH<sup>21</sup>.

Indiscutiblemente, el artículo 2 es una disposición totalizante, que obliga tanto a los órganos del poder público del Estado. Si por alguna razón no se respetan y garantizan los derechos humanos reconocidos en los tratados (ya sea por negligencia, por acción errada, omisión o ineficacia), el Estado venezolano debe entonces adoptar las medidas necesarias –ya sean de naturaleza constitucional, legal, reglamentarias, administrativas, judiciales, incluso electorales o de cualquier otra naturaleza– para hacer efectivos esos derechos, todo esto en el marco de su compromiso internacional.

Como si fuera poco, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos entendió a los derechos políticos “[...] como aquellos que reconocen y protegen el derecho y el deber de todos los ciudadanos de participar en la vida política de su país” (Informe Venezuela, CIDH 2009b, cap. II, párr. 18).

Sobre este punto, la Corte ha indicado:

*“La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de meca-*

---

20 CADH artículo 1.

21 CADH artículo 2 *“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”*. Venezuela.

*nismos de participación directa* (Castañeda, Corte IDH 2008b, 42, párr. 141) *–y ha dicho que– Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos*” (Castañeda, Corte IDH 2008b, 43, párr. 147).

Asimismo, señaló:

*“En la Carta Democrática Interamericana se enfatiza la importancia de la participación ciudadana como un proceso permanente que refuerza a la democracia. Así, se declara en ella que ‘La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional’ (artículo 2º). Esta declaración general adquiere un sentido teleológico fundamental para el desarrollo conceptual de los derechos políticos que la propia Carta produce en su artículo 4º. Todo ello configura un enfoque de expresión consensual que tiene relación directa con la interpretación y aplicación de una disposición amplia como la contenida en el artículo 23º de la Convención Americana”* (Yatama, voto concurrente Juez Diego García-Sayan, Corte IDH 2005b, 4, párr. 16).

De manera que los derechos políticos resultan a su vez, inseparables de otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión, la seguridad personal, entre otros. Por tanto, resulta incoherente que en la actualidad la Sala Constitucional desconozca los derechos que una vez formaron parte de nuestro ordenamiento jurídico y tuvo jerarquía constitucional, cuando la propia Constitución dispone en su artículo 19:

*“El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre*

*derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen*". (Negritas añadidas).

Del principio de progresividad se deriva la prohibición de regresividad o también denominada prohibición de irreversibilidad, las cuales son medidas de carácter deliberadamente retroactivo cuya evaluación requerirán la consideración más cuidadosa y además justificarse plenamente ante la Corte. De esta forma, el Estado se encuentra obligado a aumentar de manera progresiva la satisfacción de los derechos sociales y tiene prohibido, al menos en principio, retroceder en los avances obtenidos. Así, aun con la renuncia de la CADH, Venezuela se encuentra obligada conforme a los principios de derecho internacional<sup>22</sup> a cumplir constitucionalmente con el principio de progresividad de los derechos fundamentales.

## VII. Reflexiones Finales

La Sala Constitucional ha establecido, resaltado y reiterado que la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su pleno desarrollo, tanto individual como colectivo.

Cabe reflexionar, si en efecto es constitucional que la Sala Constitucional sostenga la **INVALIDEZ, INEXISTENCIA E INEFICACIA** de todas las actuaciones de la Asamblea Nacional por una formalidad burocrática como sería la juramentación de tan solo tres diputados, frente a la configuración de un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna la democracia, entendiéndose en sentido amplio como el principio de soberanía popular.

El Estado y, en especial, la propia Sala Constitucional tiene, frente a los derechos políticos y al derecho a la participación política, la obli-

---

22 Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ver, Corte IDH, Medidas Provisionales respecto de Venezuela (Caso: Liliana Ortega; Luisana Ríos y Otros: Luis Uzcátegui; Marta Colomina y Liliana Velásquez) Resolución de la Corte IDH de fecha 4 de mayo de 2004.

gación de facilitar, permitir, resguardar y garantizar en todo momento la organización de partidos políticos u otro tipo de asociación, así como también “*el debate libre de los principales temas socioeconómicos; la realización de elecciones generales, libres y con las garantías necesarias para que sus resultados representen la voluntad popular*”<sup>23</sup>.

Pareciera que la Sala Constitucional del TSJ ejerce principalmente una especie de control político más que un control jurídico. Esto se deduce en el marco de la ciencia jurídica comparada. Así, tenemos que el autor Hernán Salgado Pesantes, en su obra *Teoría y Práctica del Control Político. El Juicio Político en la Constitución Ecuatoriana*, publicado en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano de 2004, por la Universidad Nacional Autónoma de México, señaló dentro de las características y diferencias del control político frente al control jurídico:

*(...) las características del control político (...) destacan su condición o carácter subjetivo, de donde se derivan aspectos muy específicos que configuran a esta institución. Tiene un carácter subjetivo en el sentido de que el control político se basa en criterios de confianza y oportunidad (...)*

*El control jurídico (...) tiene carácter objetivo en el sentido de que se fundamenta con mayor rigor en normas del derecho que tienen una valoración predeterminada y se basa en reglas que limitan la discrecionalidad del juzgador (...)*

*La objetividad del control jurídico (...) tiene que ver con los principios de independencia y de imparcialidad que caracterizan a los jueces en materia jurisdiccional; en cambio, en el control político no se da necesariamente la independencia ni la imparcialidad del órgano que juzga; puede haber, como de hecho existe, la disciplina partidista, los compromisos o alianzas políticas (...).*

---

23 Informe Anual 2002, CIDH 2003a, Cap. IV, Cuba, párr. 12 e Informe 67/06, CIDH 2006, párr. 246

(...)

*El objeto inmediato del control político puede ser un acto o conducta política concreta o una actuación política general. A través del control político de ese acto o conducta se está controlando al órgano del cual emana o al que le es imputable. Esto es diferente de lo que ocurre en el control jurídico, que no puede ser entendido como un control sobre el órgano (por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional controla una ley no está controlando al Congreso, sino al ordenamiento jurídico)".* (Resaltado añadido).

En este orden de ideas, me atrevo a decir, cuando la Sala Constitucional interpreta la Constitución, o a otra norma, para juzgar las actuaciones de la Asamblea Nacional, está interpretando dentro de sus funciones la disposición constitucional sin lugar a dudas, pero pareciera que la interpreta “políticamente” y no del todo “jurídicamente”. Las sentencias que acuerdan que el Presidente y Ministros rindan sus declaraciones ante el propio TSJ y no ante la Asamblea Nacional como constitucionalmente está previsto, pareciera tratarse de una valoración efectuada con razones y tendencias políticas y no con métodos constitucionales o apegados a la Constitución.

Evidente y constitucionalmente, la Sala Constitucional puede controlar e interpretar las funciones contraloras de la Asamblea, bien sea mediante los recursos de interpretación y siempre bajo los límites que establezca la propia Constitución. Sin embargo, del análisis preliminar, no se desprende que la Sala Constitucional pueda transferir las atribuciones que constitucionalmente le fueron conferidas a la Asamblea Nacional al Presidente de la República.

En algunos casos, las funciones de control están íntimamente arraigadas a la función política que se le atribuye a la Asamblea Nacional. Todas estas funciones están subordinadas a la Constitución. Asimismo, la ejecución de la función contralora por parte de la Asamblea Nacional ha de desarrollarse de acuerdo a los valores, principios y reglas estable-

cidos en la Constitución. Pues de ahí, que se desprenda la condición de legitimidad de la actividad de este órgano del Poder Público.

En cuanto a la emergencia y al control judicial de los Estados de Excepción pareciera que en Venezuela a partir del año 2015, estos dejan de tener carácter extraordinario y se convirtieron en una situación ordinaria político-económico y social, toda vez que si elaboramos una lista de los decretos mediante los cuales se declaró un Estado de Excepción y Emergencia Económica”, tenemos: el Decreto N° 1.969 de fecha 21 de agosto de 2015; Decreto N° 1.989 de fecha 29 de agosto de 2015 y 7 de septiembre de 2015, respectivamente; Decretos Nros. 2.013, 2.014, 2.015 y 2.016<sup>24</sup>, del 15 de septiembre de 2015.

Los Decretos arriba señalados fueron sometidos a control por parte de la Sala Constitucional y se declaró su constitucionalidad, mediante sentencias: N° 1.174 del 8 de septiembre de 2015; N° 1.176 del 15 de septiembre de 2015; Nros. 1.183, 1.181, 1.182 y 1.184 del 22 de septiembre de 2015, y finalmente, la N° 1.353 del 4 de noviembre de 2015.

Posteriormente, se declaró la constitucionalidad de los decretos que prorrogan el lapso de duración de los referidos estados de excepción, mediante sentencias N° 1.351 del 30 de octubre de 2015; N° 1.369 del 12 de noviembre de 2015, N° 1.465 del 20 de noviembre de 2015; Nros. 1.547, 1.545, 1.546 y 1.548 del 27 de noviembre de 2015; y N° 2 del 8 de enero de 2016.

Entramos en el año 2016 (instalándose la nueva Asamblea Nacional) y se dictó el Decreto N° 2.184 de fecha 14 de enero de 2016 el cual una vez sometido a control por parte de la Sala Constitucional, se declaró su constitucionalidad mediante sentencia N° 4 del 20 de enero de 2016.

---

24 Supuestamente, estos decretos tenían como propósito atender eficazmente “la situación coyuntural, sistemática y sobrevenida, del contrabando de extracción organizado a diversas escalas, así como la violencia delictiva que le acompaña y los delitos conexos, que trasgreden el orden público, la seguridad y defensa, así como la soberanía alimentaria y económica de la zona fronteriza y del resto de la Nación”.

Esto, sin tener la aprobación de la Asamblea Nacional y cuyas consideraciones fueron anteriormente señaladas. El Decreto N°. 2.323 del 13 de mayo de 2016 fue publicado en la Gaceta Oficial N°. 6.227. Actualmente (año 2017) nos encontramos con otro Decreto de Estado de Excepción (Decreto N° 2.667 del 13 de enero de 2017) el cual cuenta con la aprobación de la Sala Constitucional y su respectiva prórroga.

Sobre este punto, el autor Román Duque Corredor, en su obra *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*. Legis, 2008, pp. 151-152, señala:

*“La revisión judicial de las medidas de un estado de emergencia preserva la distribución de poderes y fundamentalmente la protección de los derechos y garantías individuales, es decir, la propia legitimidad de un gobierno democrático durante una situación de emergencia. No se trata de establecer “un gobierno de los jueces”, como lo argumentaba Edouard Lambert al criticar el control de la constitucionalidad porque es un freno al progreso de la legislación. Hoy en día el control de la constitucionalidad se extiende no sólo a las leyes formales sino también a los actos del Poder Ejecutivo que en ejecución directa de la Constitución la contradigan o afecten los derechos y garantías constitucionales. La intervención del Poder Judicial, pues, en estos casos extraordinarios, tiene por finalidad controlar el uso de los poderes de emergencia para que se mantengan dentro de los límites establecidos en la Constitución. En efecto, en un estado de emergencia el Poder Judicial cumple las siguientes funciones: 1) Tutelar que los derechos y las garantías constitucionales no se vean afectados más allá de la estricta necesidad del caso; y 2) velar porque los poderes de emergencia se ejerzan conforme con los requisitos formales y de distribución de competencias fijados en la Constitución, de manera que se garantice “El principio de la no interrupción del funcionamiento de los poderes públicos”. Ello para evitar el exceso de los límites constitucionales del estado de emergencia”.*



Cabe destacar que las aprobaciones y extensiones dictadas por la Sala Constitucional convalidaron aspectos de los decretos abiertamente inconstitucionales, como sería (a) generalidad de la habilitación; (b) indeterminación sobre las garantías implícitamente afectadas; (c) la extensión de los estados de excepción a temas de orden público; (d) suspensión de la función contralora por parte de la Asamblea Nacional y como si fuera poco, (e) las obligaciones internacionales de notificación.

En este orden de idea, mediante estas sentencias de la Sala Constitucional del TSJ se ha vulnerado la facultad de la Asamblea Nacional como representante de la soberanía popular, de controlar eficazmente los decretos de estados de excepción, entre otras acciones tanto del Ejecutivo Nacional y de la Administración Pública.

La Carta Democrática Interamericana establece que el respeto del Estado de derecho por todas las entidades y sectores de la sociedad resulta fundamental para la democracia.

## VIII. Referencias bibliográficas

Brewer-Carias, A. (s.f.). *Las Constituciones de Venezuela. Tomo I*. Caracas: Serie Estudios.

Brewer-Carias, A. Las Potestades Normativas del Presidente de la República: Los Actos Ejecutivos de Orden Normativo. *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional, Tomo I*.

Ampliación de la Sentencia N°810 del 21/09/2016 emanada de la SC del TSJ , Expediente N°16-0897 (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 11 de octubre de 2016).

Castillo Algar vs. España (Corte Europea de Derechos Humanos 28 de Octubre de 1998).

Corao, C. A. (s.f.). “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”.

CORAO, C. A. (2012). La Justicia Constitucional en el Estado Social de Derecho. En homenaje al Dr. Néstor Pedro Sagües. En Varios. Caracas: Funeda.

Decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica N° 2.323 , Expediente N° 16-0470 (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 19 de mayo de 2016).

Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica N° 2.184, Expediente N° 16-0117 (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 11 de febrero de 2016).

Demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra la investigación de la Comisión Permanente de Contraloría de la A.N., Expediente N° 16-0940 (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 25 de octubre de 2016).

Ley Orgánica sobre Estados de Excepción (publicada en la Gaceta Oficial n.º 37.261 del 15/8/ 2001)

Prórroga del Decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica N° 2.184, Expediente N° 15-1366 (Sala 15 de marzo de 2016).

Prórroga del Decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica N° 2.323. de fecha 19 de julio de 2016., Expediente N° 16-0470 (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 19 de julio de 2016).

Recurso de Interpretación del art. 150, 187.9, 236.14, y 247 de la Constitución., Expediente N° 16-0683 (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 20 de julio de 2016).

Recurso de Interpretación que resuelve sobre las facultades contralores de la A.N y establece sus límites democráticos para garantizar el equilibrio de Poderes, Expediente N° 16-0153 (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 1 de marzo de 2016).

Recurso de Interpretación del art. 187. 15 de la Constitución. , Expediente 17-0080 (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 20 de enero de 2017).

Aveledo, R. G. (2013). *Curso de Derecho Parlamentario*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Corredor, R. D. (2008). *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*. Bogotá: Legis.

Corredor, R. D. (2008). *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*. Caracas: Legis.

Escola, H. J. (1989). *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma.

García, E. M. (2014). *La eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las prácticas ilegítimas de la Sala Constitucional*. Caracas: Serie Estudios.

Informe Anual 2002, CIDH 2003a, Cap. IV, Cuba, párr. 12 e Informe 67/06, CIDH 2006, párr. 246

Martínez, J. V. (2000. ). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela con la Exposición de Motivos*. Caracas: Italgráfica.

Pelayo, M. G. (1984). *Manual de derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza.

Pesantes, H. S. (2004). *Teoría y Práctica del Control Político. El Juicio Político en la Constitución Ecuatoriana*. México: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Universidad Nacional Autónoma de México.

Sansó, H. R. ( 2002.). *Análisis de la Constitución venezolana de 1999. Parte Orgánica y Sistemas*. Caracas: Ex Libris.

Sansó, H. R. ( 2004.). “El Régimen de los estados de excepción en la Constitución de 1999”, en *Cuatro Temas Álgidos de la Constitución Venezolana de 1999*. Caracas.: Ex Libris.

Sentencia SC/TSJ N° 009/2016. Recurso de Interpretación que resuelve sobre las facultades contraloras de la A.N y establece sus límites democráticos para garantizar el equilibrio de Poderes. Expediente N° 16-0153 de fecha 1 de marzo de 2016. Ponente: Arcadio de Jesús Delgado Rosales <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/185627-09-1316-2016-16-0153.HTML>

Sentencia SC/TSJ N° 618/2016. Recurso de Interpretación del art. 150, 187.9, 236.14, y 247 de la Constitución. Expediente N° 16-0683 de fecha 20 de julio de 2016. Ponencia Conjunta. <http://historico.tsj>.

gob.ve/decisiones/scon/julio/189144-618-20716-2016-16-0683. De julio de HTML

Sentencia SC/TSJ N° 893/2016. Demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra la investigación de la Comisión Permanente de Contraloría de la A.N. Caso: Investigación Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima “PDVSA”. Expediente N° 16-0940 de fecha 25 de octubre de 2016. Ponente: Gladys Gutiérrez Alvarado. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/191316-893-251016-2016-16-0940.HTML>

Sentencia SC/TSJ N° 007/2016. Caso: Decreto de Estado de Excepción y Emergencia Económica N° 2.184. Expediente N° 16-0117 de fecha 11 de febrero de 2016. Ponencia Conjunta. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/184885-07-11216-2016-16-0117.HTML>

Sentencia SC/TSJ N° 184/2016. Caso: Prórroga del Decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica N° 2.184. Expediente N° 15-1366 de fecha 15 de marzo de 2016. Ponencia Arcadio de Jesús Delgado Rosales. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/186232-183-15316-2016-15-1366.HTML>

Sentencia SC/TSJ N° 411/2016 Caso: Decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica N° 2.323. Expediente N° 16-0470 de fecha 19 de mayo de 2016. Ponencia Conjunta. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/187854-411-19516-2016-16-0470.HTML>

Sentencia SC/TSJ N° 615/2016 Caso: Prórroga del Decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica N° 2.323. Expediente N° 16-0470 de fecha 19 de julio de 2016. Ponencia Conjunta <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/189123-615-19716-2016-16-0470.HTML>

Sentencia SC/TSJ N° 814/2016 Ampliación de la Sentencia N°810 del 21/09/2016 emanada de la SC del TSJ Caso: Presupuesto Público. Expediente N°16-0897 de fecha 11 de octubre de 2016. Ponencia Conjunta. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897.HTML>

Sentencia SC/TSJ N° 006/2017 Recurso de Interpretación del art. 187. 15 de la Constitución. Caso: Honores en el Panteón Nacional. Expediente 17-0080 del 20 de enero de 2017. Ponencia: Lourdes Benicia Suárez Anderson. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/195203-06-20117-2017-17-0080.HTML>

# Subsistencia del ilícito civil en los supuestos de despenalización <sup>1</sup>

*María Alejandra Correa Martín*

## **Sumario**

- I. La despenalización no implica necesariamente permisibilidad jurídica.
- II. El ilícito civil es más amplio que el ilícito penal.
- III. Supuestos de despenalización concretos.
- IV. Evolución del derecho civil en atención al ámbito de libertades de la persona.

---

1 Lección inaugural para las clases de Derecho Privado en el curso lectivo 2016-2017, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila.





Una reflexión en la que quisiera presentarles la relación entre el ilícito civil y el delito penal, como un reto para el derecho civil ante la tendencia a la despenalización de conductas que, aun cuando dejen de ser delito, pueden causar un perjuicio individual en la esfera de derechos e intereses de un sujeto concreto.

## **I. La despenalización no implica necesariamente permisibilidad jurídica**

El Derecho, por su carácter coercitivo, tiene un efecto disuasivo. El que el ordenamiento jurídico tipifique un delito, condiciona la voluntad del individuo, quien evitará incurrir en la conducta prohibida, bien sea por convicción del mal que el delito representa para la sociedad, implícito en la tipificación penal, bien sea por temor a la condena.

La despenalización sugiere, en la percepción social y en el ámbito individual, que la conducta –antes calificada como delito– pasa a ser permitida por el ordenamiento jurídico y que habría libertad de realizarla.

Sin embargo, ello no es necesariamente así, porque la responsabilidad civil puede subsistir<sup>2</sup>. Cuando un delito penal causa daños a un sujeto en particular, se convierte al mismo tiempo en un ilícito civil. Pero no solamente los hechos punibles causan daños, por lo que no hay una absoluta correspondencia entre ilícito penal e ilícito civil.

## **II. El ilícito civil es más amplio que el ilícito penal**

El ámbito de lo civilmente condenable y el de los delitos no necesariamente coinciden; el hecho que no se pueda aprehender al sujeto e

---

2 Ello no necesariamente será siempre así. Actualmente, en virtud del control de cambio, está prohibido pactar negociaciones en moneda extranjera y la ley sobre ilícitos cambiarios tipifica esa conducta como delito; no obstante, si se derogare ese régimen podrían permitirse las negociaciones en moneda extranjera sin que ello en sí mismo comporte una conducta contraria a las buenas costumbres y a la buena fe, capaz de configurar un ilícito civil.

imponerle una pena, no significa que la conducta sea jurídicamente adecuada.

En principio, el derecho penal califica de delito las conductas perversas para la sociedad, nos coloca en el ámbito de lo intrínsecamente malo.

Mientras que para el derecho civil, el ilícito es toda conducta que cause daño, independientemente de si el mismo se genera con intención (dolo) o por una conducta negligente o imprudente, en estos dos últimos supuestos hay culpa y no necesariamente malicia. Pero el énfasis está en el daño que genera el hecho o conducta.

El derecho civil nos exige no causar daño a otro y va más allá, nos impone el deber de proceder de buena fe, como un buen padre de familia y conforme a las buenas costumbres.

La diferencia se plantea entonces, respecto de la intensidad con la cual una y otra rama del derecho nos obliga a adecuar la conducta individual al orden jurídico.

El derecho penal se conforma con que no seamos malos, mientras que el derecho civil nos exige proceder de buena fe, para no dañar a otros. Nos pide ser buenas personas y coloca como referente al buen padre de familia.

Incluso en el ejercicio de nuestros derechos nos señala como límite el derecho ajeno, para que en el ejercicio de nuestros derechos individuales no incurramos en abusos.

La noción de hecho ilícito civil es así, más amplia que la del delito penal.

Desde las clasificaciones clásicas de la fuente de las obligaciones se hacía la distinción entre el delito (hecho ilícito penal) y el cuasidelito, figura esta última que abarcaba diversos supuestos en los que, aun

cuando no se verificaban los elementos de la tipificación penal, se causaba un daño a otra persona, generándose la obligación civil de indemnizarlo.

Nuestro Código Civil contempla el hecho ilícito como fuente de obligaciones, con independencia de la tipificación penal.

A los efectos civiles, el hecho ilícito es toda conducta que haya causado un daño al otro, bien sea que el agente del daño haya actuado dolosamente, esto es con intención de causar el daño, o de manera culposa, incurriendo en negligencia o imprudencia, conforme lo dispone el artículo 1.185 del Código Civil.

Esa norma establece además la obligación de reparar civilmente el daño acarreado a otro, por el ejercicio de un derecho, cuando ese ejercicio no representa utilidad para titular y configura un abuso de derecho.

En la célebre decisión del caso Doerr resuelto por la Corte de Casación de Colmar el 2/5/1855, al delimitar la figura del abuso de derecho se expresa que los principios de la moral y de la equidad se oponen totalmente a que la justicia autorice una acción inspirada por mala voluntad, no justificada por una utilidad y que causa un daño a otro.

En los supuestos de tipificación penal, si hay daño individualizable se configura también la responsabilidad civil y, en algunos casos, la ley civil remite al código penal, a fin de condicionar o excluir un derecho (por ejemplo la indignidad por delito cometido contra el causante, que determina la incapacidad para suceder), de manera que existe ciertamente una vinculación jurídica entre responsabilidad penal y responsabilidad civil.

El delito penal no existe sino en la medida que un texto legal expreso lo tipifique y cuando ese texto legal es derogado, puede llegar a creerse que la conducta pasa a estar permitida y protegida por el derecho, lo cual no necesariamente es así en el ámbito civil.

Tomemos como ejemplo dos supuestos de despenalización recientes en nuestro ordenamiento jurídico.

### III. Supuestos de despenalización concretos

1. El 11 de agosto de 2016, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>3</sup> declaró inconstitucionales los artículos del Código Penal que tipificaban los *tipos penales de adulterio, por considerarlos contrarios a los principios de igualdad, no discriminación de la mujer y respeto a la dignidad humana, consagrados en los artículos 2, 3 y 21 de la Constitución*; sin embargo, no por efecto de esa despenalización, el adulterio va a dejar de ser una causal de divorcio en el derecho civil y eventualmente de la obligación del cónyuge infiel, de reparar los daños y perjuicios que su conducta haya causado a su pareja y a la familia.
2. En el año 2011, la Sala Constitucional mediante sentencia del 8 de diciembre<sup>4</sup> despenalizó el delito de invasión de la propiedad privada, cometido por campesinos con fines de explotación agrícola de la tierra, ello sin embargo no comporta una derogatoria del régimen de responsabilidad por los daños que esa invasión acarree al propietario

---

3 <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/190187-738-11816-2016-15-0424.HTML>

4 <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1881-81211-2011-11-0829.HTML> “bajo las consideraciones expuestas, al verificarse que el artículo 471-a y el artículo 472, ambos del Código Penal, que contienen los tipos penales de invasión y de perturbación a la posesión pacífica, no hacen distinción en cuanto a los casos en los cuales las acciones que se presuman delictivas, versen sobre la disputa de bienes destinados a la actividad agraria o que pudieran presumirse de vocación agrícola (...) esta Sala Constitucional, en uso de la potestad prevista en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desaplica por control difuso de la constitucionalidad los artículos 471-a y 472 del Código Penal Venezolano, en aquellos casos en donde se observe un conflicto entre particulares devenido de la actividad agraria, conforme a las previsiones establecidas en el artículo 197 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, resultando aplicable el procedimiento ordinario agrario establecido en el Capítulo VI del texto legal mencionado y competente para conocer en estos supuestos los juzgados de primera instancia agraria, teniendo el presente fallo carácter vinculante”

del fundo, la no calificación delictual no puede entenderse implique una autorización para violar el derecho de propiedad.

Más allá de las motivaciones de esos fallos en nuestro contexto político, lo cierto es que no solamente en nuestro país, sino en el derecho comparado, como lo muestra el trabajo el profesor Rafael Domingo<sup>5</sup>, hay una tendencia a la despenalización, sobre todo de delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de la familia.

Dos elementos aparecen como determinantes de esa despenalización.

En primer lugar, cambios sociales y jurídicos en la concepción de la libertad individual y de los derechos fundamentales al libre desenvolvimiento de la personalidad y la no discriminación.

En segundo lugar, consecuencia de ese liberalismo, que subyace en esos cambios sociales, está la idea de minimizar la intervención del Estado en el ámbito de las libertades individuales, lo cual implica negar la posibilidad de tipificar como delitos, conductas que se consideran pertenecen al ámbito íntimo de la persona y que afectaría solamente su vida privada o la de su familia.

#### **IV. Evolución del derecho civil en atención al ámbito de libertades de la persona**

En las primeras clases del curso de derecho civil obligaciones, al analizar la evolución de esa rama del derecho, referimos el abandono de la concepción conforme a la cual el acreedor detentaba un poder jurídico sobre la persona del deudor (*manus injectio*), cuya última manifestación fue la posibilidad de encarcelar al deudor que incumplía una obligación de pago.

---

5 Domingo, Rafael, “Despenalización e inmoralidad civil en los códigos civiles europeos”, en Derecho y Sociedad. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, N° 3, abril 2002, pp. 61-67.

Actualmente el derecho subjetivo o poder jurídico del acreedor se contrae a la posibilidad de atacar el patrimonio del deudor. Ello es así, precisamente, porque si asumimos que las personas son libres y el Estado debe proteger su integridad y su dignidad, sin limitar esa libertad, resulta coherente desviar el derecho del acreedor en dirección al patrimonio del deudor, negando la posibilidad de exigir una conducta personal del deudor, contraria a su voluntad, a su libertad.

Ahora bien, eso no quiere decir que las personas y la sociedad en general decidan tolerar y aceptar los perjuicios generados por las conductas despenalizadas, como el adulterio y la invasión del fundo ajeno, hechos que indudablemente causan un daño directo, al cónyuge y a la familia, en el primer caso, y al propietario del fundo invadido en el segundo caso, la despenalización no excluye la configuración de un ilícito civil y la procedencia de una condena civil al pago de la indemnización por los daños que esa conducta genere.

En el derecho civil prevalece la prohibición de causar daño a otro, y la responsabilidad por la situación dañosa, en cabeza de quien la genera así sea en el ejercicio de sus libertades.

Toda libertad implica responsabilidad y si el ejercicio de la libertad genera daños, esa responsabilidad se concreta en una obligación civil de indemnización de daños, sin perjuicio de otros eventuales efectos civiles. En el caso del adulterio, por ejemplo, además de la posibilidad de reclamar una indemnización por daño moral, el hecho es causal de separación de cuerpos y divorcio.

Los hombres nacen libres y con derechos, su primer derecho es precisamente su libertad de elegir cómo conducirse; pero esa es una libertad consciente, que impone el deber de conocer y distinguir el bien del mal.

El derecho civil asume la concepción del individuo responsable en atención a esa capacidad de discernimiento, al punto de eximir de responsabilidad a las personas privadas de discernimiento (menores de edad,

incapaces y entredichos) trasladando la responsabilidad de sus actos a los representantes y cuidadores.

De manera que jurídicamente la libertad, entendida como la posibilidad de elegir con discernimiento, acarrea responsabilidad.

Si en ejercicio de nuestra libertad causamos un daño, se genera el derecho subjetivo de la víctima a exigir el resarcimiento, independientemente de si se hizo con intención o con culpa, por haber sido imprudentes o negligentes, o incluso si se trataba del ejercicio de un derecho, en el cual excedimos los límites del derecho del otro.

La consagración del hecho ilícito civil en el artículo 1.185 del Código Civil incluye la figura del abuso de derecho, que supone el ejercicio de una conducta legítima, en principio permitida por el ordenamiento jurídico, pero cuya intensidad transgrede el límite natural de todo derecho, que es el debido respeto del derecho ajeno, obligando a la reparación de los daños causado al otro.

Más allá de la tipificación de una conducta como delito, si se verifica un daño en la esfera particular de un individuo, quien sufra el perjuicio tiene derecho a que se le resarza el daño moral o patrimonial que se le haya causado. Ello es así porque hay una noción de lo justo, que excluye el tener que soportar daños por causa de otro, que el derecho civil reivindicada cada vez que se condena al resarcimiento de un daño patrimonial o moral.

En la lucha por la libertad individual, los hombres se oponen a la autoridad represiva del Estado, exigiendo la abolición de delitos relacionados con su conducta individual. Si esos delitos son eliminados en nombre de la libertad personal, corresponde al derecho civil hacer valer la responsabilidad implícita en todo ejercicio de libertad.

Una sociedad justa es aquella en la que se garantiza la convivencia pacífica, la exigibilidad de esa responsabilidad, entendida como la justa reparación de los daños que la conducta de unos genere a los otros, per-

suade a los individuos de evitar causar daños. Ese es el reto permanente del derecho civil, hacer que todos nos comportemos como un buen padre de familia, guiados por la buena fe y la buena voluntad, sin causar daño a otro.

Ihering nos enseña en *La lucha por el Derecho*, que resistir a la injusticia es un deber del individuo para consigo mismo, porque es un precepto de la existencia moral, pero también lo es para con la sociedad, porque esa resistencia no tendrá éxito si no tiene un efecto general.

De la misma manera la responsabilidad civil es una responsabilidad que se plantea entre sujetos concretos de una relación jurídica, todo aquél que sufra un daño está en el derecho individual de exigir que se haga valer la responsabilidad del agente del daño y en el deber social de hacerlo para persuadir a la colectividad a ajustar su conducta, más allá de su libertad individual, al bien común de la sociedad.

*Caracas, 19 de octubre de 2016.*



# Con ciencia y conciencia <sup>1</sup>

*Eugenio Hernández-Bretón*

---

1 Discurso en la sesión solemne celebrada por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, al tomar posesión de la Presidencia de la Corporación. Acto celebrado el 19 de marzo de 2015 en el Paraninfo del Palacio de las Academias.



Muchos de ustedes ya han asistido a otros actos semejantes en el pasado, pero para el beneficio de quienes asisten por primera vez, como por ejemplo, Eukene y Armando, voy a hacerles unas breves explicaciones a lo largo de estas palabras. Esta lección de hoy se intitula *Con Ciencia y Conciencia*.

La fecha fijada estatutariamente para este acto conmemora la fecha aniversario de la instalación de esta Academia, un día como hoy 19 de marzo del año 1917, día de san José, según el santoral de la Iglesia Católica.

Vengo a asumir la presidencia de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por votación de los individuos de número. A ellos, y a la Academia como corporación, les manifiesto nuevamente mi agradecimiento por confiarme esta responsabilidad, particularmente porque al presidente de esta Academia le corresponde entre sus deberes reglamentarios, dirigir los trabajos de la Academia.

Me incorporé a esta Academia el 15 de mayo de 2007, fecha de cumpleaños de la doctora Tatiana de Maekelt, para ese momento presidenta de la Academia y a quien le correspondió contestar mi discurso. Para ella mi recuerdo de hijo académico.

Al concluir la presidencia de la doctora Maekelt, el candidato a sucederla en ese cargo, el doctor Román J. Duque Corredor, mi profesor de siempre, tuvo la inmensa amabilidad de proponerme para el cargo de Bibliotecario de la Junta Directiva, cargo para el cual fui electo. Cierta tiempo después, fui electo Secretario de la Junta Directiva. Bajo las posteriores presidencias de los doctores Enrique Lagrange y Luis Cova Arria fui llamado a actuar primero como Segundo y luego como Primer Vicepresidente, respectivamente. A ellos también les estoy muy agradecido por haberme brindado la oportunidad de trabajar en esos cargos y de haber aprendido de ellos.

El 3 de febrero de este año, el doctor Duque Corredor propuso mi nombre para presidente de nuestra Academia, fui electo por unanimidad

y la doctora Hildegard Rondón de Sansó, como ex-presidenta y académica de mayor antigüedad presente en esa sesión, hizo mi proclamación para ejercer la presidencia durante el período 2015-2016. Es decir, salvo por el cargo de Tesorero, he servido a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en todos los cargos de su Junta Directiva desde el año 2009. Le estoy muy agradecido a los miembros de esta corporación por brindarme esta oportunidad de dirigir los trabajos de la Academia.

Hasta donde llega mi conocimiento, por primera vez un acto de toma de posesión de la junta directiva de esta Academia es grabado para televisión. Se lo debo agradecer a UMA TV, la televisora de la Universidad Monteávila. Y también le agradezco a la Coral de la Universidad Monteávila por brindar su arte musical a esta sesión.

El equipo de trabajo que me acompaña en esta junta directiva está integrado por muy apreciados colegas, reconocidos como expertos en sus áreas respectivas. La primera vicepresidencia la ejercerá el académico Gabriel Ruan Santos, destacado tributarista y profesor que durante años dejó su sabia impronta en sus estudiantes de la Universidad Central de Venezuela. La segunda vicepresidencia estará bajo la responsabilidad del doctor Humberto Romero-Muci, otro tributarista de excelencia y capacidades igualmente reconocidas. La tesorería continuará a cargo del profesor Alberto Arteaga Sánchez, penalista, articulista, conferencista. Todos estos tres miembros de la junta directiva ya tienen experiencia y méritos en estos menesteres. A ellos, se unen dos valiosísimos académicos. Se trata de los profesores Julio Rodríguez Berrizbeitia, como Secretario y Henrique Iribarren Monteverde, como Bibliotecario. El primero conocido como serio mercantilista, de la escuela del profesor Morles, y además como filósofo del derecho, con una obra escrita apreciable, y el segundo, Henrique Iribarren, con quien he compartido desde los campos de béisbol en Chacao. El profesor Iribarren es un muy respetable autor de amplia obra y trayectoria, y profesor de Derecho Administrativo, de la escuela de mi muy querido profesor Luis Henrique Farías Mata. Cuento con el compromiso de cada uno de ellos y estoy seguro de que me lo brindarán. A ustedes, compañeros de junta, gracias por acompañarme en esta responsabilidad.

Eukene y Armando, esta tribuna, llamada del púlpito de Santo Tomás, ha sido testigo de muchas de las mejores manifestaciones de la vida académica venezolana del último siglo y medio. Desde aquí se han manifestado serios pensadores acerca de los más diversos problemas del país, se han planteado propuestas y se ha expresado la voluntad de lograr un mejor país para todos. Al recordarlos, no puedo sino sentir que entre los hombres y las mujeres de buena voluntad de todos los tiempos, hay ideales que todos compartimos. Con esos mismos ideales es que me doy a cumplir estas tareas. Para ello no puedo sino invocar a Santo Tomás, al igual que en otros tiempos lo hicieron aquellos a quienes hoy me toca suceder.

Santo Tomás te pido que me ilumines y que me des la sabiduría prudente y el sereno equilibrio para dirigir con corrección y con mano firme estas tareas que hoy asumo. Ruego que así sea.

En cuanto al lugar para la toma de posesión de la junta directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, se acostumbra que para la celebración de los actos solemnes de las diversas academias nacionales, entre los que se encuentran las tomas de posesión de sus juntas directivas, se utilice este maravilloso salón llamado Paraninfo del Palacio de las Academias. Nuestras disposiciones reglamentarias obligan a los académicos a asistir a estos actos, y a lucir en los mismos la medalla que nos sirve de distintivo. Esa medalla pende “por su base menor de un cordón de color rojo, que será colocado alrededor del cuello de su titular”.

Como es sabido, el color rojo es uno de los más característicos signos distintivos de las facultades de ciencias jurídicas y de los abogados en general. Se trata de un privilegio acordado por el papa Benedicto XII, en 1336, a los doctores de la entonces llamada Facultad de *Décret* de París, donde el mismo papa había hecho sus estudios. Posteriormente, en los siglos XV y XVI, el uso del color rojo se generalizó para todos los juristas. Somos, entonces, continuadores de una tradición académica.

Este Paraninfo fue inaugurado como “salón Guzmán Blanco” el 3 de diciembre de 1876, bajo la presidencia del propio “Ilustre Americano”,

cuando este edificio servía de sede de la Universidad Central. La construcción del Paraninfo fue acompañada de la construcción de la nueva fachada de estilo neogótico de la Universidad. Se construyó en once meses. Y aquí mismo, ese 3 de diciembre, se colocó el retrato del “Autócrata Civilizador” junto con los retratos del Libertador, de José María Vargas, y de los creadores de la Pontificia y Real Universidad de Caracas, a saber, el papa Inocencio XIII, con su bula apostólica, y el rey Felipe V, con su real cédula, además del retrato del obispo Juan José de Escalona y Calatayud, cuyo empeño hizo realidad el deseo de una universidad venezolana. Todos estos retratos, salvo el de Guzmán Blanco, siguen siendo testigos del desarrollo de estos actos en este salón.

Estamos aquí, en plena avenida Universidad, de Bolsa a san Francisco, en el extremo sur de lo que Arístides Rojas llamó “el cuadrilátero histórico de Caracas”; aquí cerca se fundó la ciudad de Caracas y muchos de los acontecimientos históricos más importantes del país han tenido lugar aquí muy cerca.

En especial, aquí mismo ha transcurrido gran parte de la vida universitaria del país. Y los estudiantes todos, pero en particular los universitarios, han cumplido un papel importantísimo en la vida nacional. Para ellos, de los cuales hay aquí algunos cuantos, y cuya presencia agradezco y me enaltece, un saludo especial.

Y para ellos un recuerdo del anecdotario del país. Cuentan que el presidente Joaquín Crespo, a fines del siglo XIX, frecuentaba pasar por el frente de la Universidad. En una de esas pasadas, acompañado del gobernador de Caracas, los estudiantes, apercibidos de que se trataba del propio Crespo o como el gustaba que le llamaran “El Héroe del Deber Cumplido”, procedieron a brindarle soberana pita, y esto ante el asombro de los transeúntes. Crespo siguió como si la cosa no fuera con él. El gobernador no sabía qué hacer. Una vez en el despacho presidencial, Crespo comentó lo sucedido y su esposa Doña Jacinta, acostumbrada ya a las tareas de gobierno, le dijo a su marido: “Pero Joaquín, destituye esos estudiantes y nombra otros”. De esto no hay prueba fehaciente, como si la hay de otra, que les relato de inmediato.

Y es que, luego de la pita, el propio Crespo increpó al gobernador para exclamarle: “Es imposible permitir que en lo sucesivo se repitan esas escenas de irrespeto al Presidente. Al efecto, he resuelto tomar de inmediato una medida decisiva.” A lo anterior, el sorprendido gobernador le preguntó al presidente Crespo: “¿Cuál es la medida para ejecutarla enseguida?”, a lo cual Crespo le contestó de lo más orondo: “¿Qué cuál es?, pues no pasar por enfrente de la Universidad”. (Héctor Parra Márquez, *Caracas política, intelectual y mundana*, Archivo General de la Nación, Caracas, 1956, p. 421-422). A todos los estudiantes universitarios un afectuoso saludo. Estoy con ustedes donde quiera que estén.

Ciertamente que la casualidad histórica de conmemorarse este año 2015 el centenario de la Ley de creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales impone darle a esa efeméride un sitio de honor y desarrollar entorno a la misma una serie de actividades conmemorativas. Así lo hemos pensado.

Así, vendrá la sesión solemne del 16 de junio, fecha de publicación de la Ley de creación, que será el acontecimiento central. Uno de nuestros más eminentes venezolanos, individuo de número de nuestra Corporación, el doctor René De Sola, con quien estoy en permanente contacto, ya está trabajando, entusiasmado, en unas palabras para ese acto del 16 de junio. El doctor De Sola es nuestro Decano como académico, y nuestro vínculo más directo entre los académicos que celebraron el cincuentenario de esta Academia en 1965 y nosotros que conmemoraremos el centenario. También habrá ciclos de conferencias a lo largo de todo el año centenario.

Hay otra efeméride que por primera vez se celebra en Venezuela. Se trata de la conmemoración del inicio de la enseñanza del derecho en Venezuela. Este año se conmemora el tricentenario de ese esfuerzo invencible por educar jurídicamente al país.

Ese esfuerzo comenzó un 30 de agosto de 1715 en la sede del Seminario de Santa Rosa de Lima aquí en Caracas, en donde hoy funciona el Concejo Municipal de Caracas, y el primer profesor fue el Licenciado

Antonio José Álvarez de Abreu, luego gobernador de Venezuela y primer marqués de la Regalía. Finalmente, hay otro acontecimiento que debe recordarse y es el sesquicentenario del fallecimiento de ese gran venezolano que fue don Andrés Bello. Asimismo, este año celebraremos como debe ser el decimoquinto aniversario de la Biblioteca de nuestra Academia y que lleva el nombre del insigne individuo de número doctor Andrés Aguilar Mawdsley.

De tal manera, en este año le corresponde a nuestra Academia continuar su tarea de impulsar el progreso de las ciencias políticas y sociales. Se promoverán concursos de investigación y publicaciones diversas. Debemos trabajar a paso redoblado para lograr dar más agilidad y periodicidad al Boletín de la Academia, nuestro órgano de divulgación, que ahora tiene formato digital. En particular tenemos que rescatar el premio Aníbal Dominici para la mejor tesis de doctor en el área de las Ciencias Jurídicas. Y ante todo, la Academia estará vigilante en su misión de orientar al país en materia de legislación y justicia. No vamos a descansar.

La tarea principal que deben cumplir los académicos venezolanos en todos los tiempos es la de servir de orientadores de la vida intelectual del país. Hay un deber de difundir la luz, en el sentido de las palabras de Cecilio Acosta, y no de concentrarla en nuestro limitado seno del Palacio de las Academias.

Tenemos, además, la responsabilidad de conocer y de preservar la memoria, la obra y el ejemplo de los hombres y de las mujeres ilustres que nos antecedieron, y al hacerlo sentir –con toda intensidad– el profundo orgullo de ser venezolanos, como una vez lo mencionó en esta misma tribuna uno de nuestros más extraordinarios académicos, el doctor Gonzalo Parra-Aranguren. Así es necesario continuar la tarea que comenzó el doctor Tulio Chiossone y recopilar y darle difusión a la colección *Discursos de Incorporación* junto con los respectivos de contestación de los académicos de esta corporación. Creo que podríamos reunirlos en varios volúmenes. Es una deuda que tenemos con nuestra academia y sus académicos.



En una solemne ocasión como esta voy a hacer mías las palabras del grande Emilio Betti, el profesor italiano, quien fuera miembro correspondiente extranjero de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Un 15 de mayo de 1948, Betti hizo una profesión de fe, que hoy reclamo para los académicos venezolanos, a fin de inspirar estos trabajos que a partir de hoy me corresponde dirigir.

Y parafraseándolo dice así: *“Reivindicamos para todos los académicos un ideal; reivindicamos la libertad de decir la verdad, la misma palabra que está labrada en esta medalla que llevamos alrededor del cuello. Y por libertad, entendemos lo que Montesquieu (Espíritu de las Leyes, XI, 3) nos ha dicho «...en una sociedad donde hay leyes, la libertad no puede consistir sino en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no se debe querer». Es por lo tanto deber del académico decir la verdad según su ciencia y su conciencia”*. De allí el título de estas palabras mías: **Con ciencia y conciencia**, que están dedicadas a todos los venezolanos que habrán de ver y vivir una patria mejor.

La libertad que se reivindica para los académicos es la libertad de poder cumplir con ese deber de decir la verdad. Que no nos detengan acusaciones de herejía, ni las denuncias ni las persecuciones, ni que tampoco sirvan para desanimarnos, ni tampoco para separarnos de la recta línea de conducta que se nos pide. La verdad no es un simple dato de la naturaleza, sino que es un valor que nuestra mente está llamada a descubrir y a construir en sublime objetividad.

Y podremos errar en nuestra tarea, pero estamos conscientes de que la verdad no es una posesión definitiva ni es monopolio de nadie, sino que es una aspiración perenne, nunca totalmente alcanzada, y que es común a todos los seres humanos, sin que ninguno por ninguna razón deba ser excluido de la lucha por alcanzarla.

Rechazamos por absurda y ultrajante cualquier pretensión que trate de apoderarse de la verdad o la moral de las cosas. Rechazamos como inmoral cualquier forma de intolerancia que niegue a los demás la oportunidad de disentir, de expresar su pensamiento a lo mejor discrepante.

No podemos acusar a nadie de ceguera intelectual o moral porque sostenga opiniones diferentes a las nuestras; nos alejamos de todo supino o farisaico conformismo; y declaramos que creemos firmemente en el beneficio de la discusión objetiva y de la polémica serena en tanto instrumento de recíproca ilustración en todos los campos del pensamiento, y sobre todo creemos en el proceso dialéctico del conocimiento científico. Esta es la profesión de fe académica que hacemos hoy (Emilio Betti, *Le categorie civilistiche dell' interpretazione*, 1948).

Esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales fue creada en 1915. Ya en 1912, el entonces ministro de Instrucción Pública, doctor José Gil Fortoul, quien luego se contaría entre los fundadores de esta Academia, anunció la pronta creación de la misma. El nombre de nuestra Academia se le debe en buena manera al propio Gil Fortoul, quien como senador, durante la discusión del proyecto de ley, objetó que se la llamase Academia de Jurisprudencia y de Ciencias Sociales, y reclamó el nombre mas correcto de Academia de Ciencias Políticas y Sociales, para ajustar el nombre al de la Facultad donde se enseñaba el Derecho, que se llamaba Facultad de Ciencias Políticas (Cámara del Senado/ Sesión 1-5-1915 / Presidente J. Gil Fortoul / 2º discusión del Proyecto de Ley que crea la Academia de Jurisprudencia y Ciencias Sociales). Pero realmente su creación responde a un empeño de los hombres de pensamiento de este país que se remonta a la creación de la Academia de Derecho y Español en 1792, y que pasó por la propuesta de Bolívar y Vargas en los Estatutos Republicanos de la Universidad de Caracas de 1827, con la idea de crear la sección de Ciencias Políticas y Morales de la llamada Academia de Emulación. Nunca se creó la sección en cuestión, aunque fue prevista con años de anticipación a su homóloga española creada en 1857. Los intentos posteriores durante el siglo XIX evidenciados en la breve vida de la Academia de Jurisprudencia (1841-1842), la Academia de Ciencias Sociales y de Bellas Letras (1869-1870, 1893), el Instituto de Ciencias Sociales (1877), el Instituto Nacional de Venezuela (1877), el Ateneo de Caracas (en 1893, 1910 y 1912) y en el Código de Instrucción Pública de 1897, que preveía la creación de una Academia de Ciencias Sociales y de Jurisprudencia, que nunca se creó, son pruebas irrefutables de que los hombres de leyes y de ciencias sociales de Venezuela son gentes de

esfuerzo y de ciencias, de creencias en los valores superiores de la libertad de juicio y de la responsabilidad moral, de la justicia, del orden, del derecho y de la paz y del respeto y la tolerancia. Los venezolanos no nos rendimos.

Quiero usar las venezolanas palabras de Florentino, en su contrapunteo con el Diablo, para ilustrar mis palabras:

*“Mientras el cuatro me afine  
y la maraca resuene  
no hay espuela que me apure  
ni bozal que me sofrene  
ni quien me obligue a beber  
en tapara que otro llene”.*

(Alberto Arvelo Torrealba, *Florentino y el Diablo*, 1957).

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales tiene entre sus tareas el estudio, el fomento y el progreso del Derecho, de las Ciencias Políticas y de otras Ciencias Sociales, como lo son la sociología, la antropología y la etnografía, por ejemplo. De tal forma, esta Academia no puede evadir su compromiso de orientar al país y a sus gentes, en ejercicio de sus competencias consultivas, de manera espontánea, como lo ha hecho constantemente y en numerosas ocasiones durante los últimos años. La gente espera mucho de nosotros y tenemos que cumplirle al país. Hay temas de urgente preocupación que exigen que nuestra voz se haga oír. Y hablaremos para que se nos oiga.

Sin pretender agotar la lista de temas, debo mencionar un listado de asuntos en los cuales podemos formular propuestas, que en la sana discusión dentro de la Academia se pueden revisar.

Ante todo, el tema de la corrupción, el más grave de los flagelos sociales, la más severa enfermedad del país, la que ha hecho que el trabajo pierda significado dignificante y haya dejado de ser factor de pro-

greso social. Este es el tema principal del nuevo libro en el que trabajan las academias nacionales y que será presentado mas adelante este año.

El tema de la criminalidad, la impunidad y el sistema penitenciario, si bien requieren de eficiente acción de gobierno, necesitan orientación en cuanto a las soluciones.

La protección del medio ambiente debe seguir siendo preocupación de todos, la conservación del aire, de los bosques y de las fuentes de aguas, requiere una coordinación de autoridades. Se hace necesario la creación de más parques nacionales, la declaración de monumentos naturales y zonas bajo protección especial.

Una espina en el corazón de Venezuela es el tema limítrofe, el territorio del Esequibo, o de cualquiera de nuestras fronteras, debe seguir ocupando nuestras preocupaciones.

Pero quizás el tema que nos va demandar mayor reflexión es el tema constitucional. Este tema abarca discutir la función de la Constitución como catálogo efectivo de derechos del hombre y del ciudadano, y como instrumento de control y limitación del poder público. Me atrevo a plantear que el tema de la estructura de la Constitución debe ser repensado. El primer artículo de la Constitución debe consagrar el derecho de toda persona a la inviolabilidad de la vida y a la integridad física. Al fin y al cabo, es la persona la base de la sociedad y del Estado. Se impone hacer de la persona humana el eje central de la Constitución y del sistema de leyes. Esta idea que ya la presenté, sin éxito, con ocasión del debate constitucional de 1999; y no es original, está inspirada en el artículo 1° de la Ley Fundamental alemana de 1949.

Los temas del carácter bicameral o unicameral del órgano legislativo nacional, la estructura del Tribunal Supremo, la independencia de los poderes públicos, sobre todo del Banco Central de Venezuela, los peligros de la reelección y la solución de las crisis políticas requieren estudio y reflexión. Tenemos que dar el ejemplo para recuperar el terreno per-

dido. No podemos ser cómplices en el silencio. Debemos ejercer a plenitud nuestra actividad consultiva espontánea.

Un día como hoy hace ya muchos años atrás, un niño hizo su primera comunión, en la misma capilla donde la hicieron Eukene y Armando. Fue un día de alegría. En ese mismo colegio donde ustedes estudian, me fui encontrando con el mundo y sus profesores me enseñaron a cuestionarme y a descubrir la satisfacción de aprender y de querer aprender. Allí mismo aprendí a caminar por el cerro Ávila, cosa que sigo haciendo con sumo gusto, y a conocer Venezuela guiado por el padre Galdos.

Al subir a esta tribuna, mi primer pensamiento estuvo con mi papá, quien se fue cuando yo era niño, pero tengo la inmensa alegría de que mi madre, Koki, esté conmigo, sea esta satisfacción una pequeña retribución por tanto esfuerzo de ella; también tengo la suerte de que los señores Francisco Javier Ojer y María Teresa San Miguel de Ojer, me acompañen, ellos hicieron a Uxua, la mas maravillosa de las experiencias, quien paso a paso ha hecho de este, nuestro camino, algo muy divertido y emocionante, a veces sorprendente. Con ella nada me falta. Ella le pone la sal a donde vaya y ha sido “la mas grande alegría de mi vida”, el que la conoce sabe a lo que me refiero.

Ahora sí, para cerrar, cito las últimas palabras de una lección de José Gil Fortoul, presidente que fue de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales, pronunciadas en 1916, en un curso de Derecho Constitucional para los estudiantes de Derecho:

*“...el hombre y los pueblos viven y adelantan atraídos por tres grandes ideales: el Derecho, la Libertad, la Justicia; ideales, señores, que pueden pasar por paréntesis o eclipses, pero que renacen todas las mañanas, como la conciencia y como el sol”.* (José Gil Fortoul, “El Derecho Constitucional”, Párrafos de la lección inaugural de este curso en la Escuela de Ciencias Políticas, 9 de noviembre de 1916, en Obras Completas, Volumen V, *El humo de mi pipa*, Ministerio de Educación, Caracas, 1956, p. 559, 566).

Señoras, señores, distinguidos académicos, profesores, invitados, muchas a gracias todos por acompañarnos en este acto de agradecimiento a la junta directiva saliente, en especial a su presidente el doctor Cova Arria, y también al acto de bienvenida a quienes ahora nos toca hacer.

*La Academia de Ciencias Políticas y Sociales está al servicio del país, y servir al país es un honor.*

Señores, señoras, es todo. Muchas gracias.

# El inconstitucional e inconvencional retiro de Venezuela de la OEA

*Eduardo Meier García*

## **Sumario**

- I. La Carta de la OEA es inderogable
- II. Gestiones diplomáticas y la interpretación de los Tratados sobre derechos humanos
- III. Efectos inmediatos de la pretendida denuncia de la Carta de la OEA
- IV. El inconstitucional retiro de la OEA
- V. El retiro de la OEA viola principios supraconstitucionales y supra-constituyentes
- VI. El retiro de la OEA viola el Derecho Internacional
- VII. La denuncia de la Carta de la OEA es inválida e ineficaz





El 28 de abril de 2017 la Cancillería venezolana formalizó el retiro del gobierno de Venezuela de la Organización de Estados Americanos (OEA)<sup>1</sup>, alegando la “defensa de la soberanía del país” para evitar el “intervencionismo y el injerencismo” extranjero.

Se trata de una reacción destemplada, que desatiende a la lógica y a la prudencia que debe privar en un ámbito tan sensible y vulnerable como el de los derechos humanos, de los derechos inherentes a la persona humana y sus mecanismos de protección y garantía, que no son de titularidad del Estado, ni una concesión graciosa de éste, sino un auténtico compromiso con la eficacia de las normas regionales, una obligación internacional *erga omnes* que trasciende al gobierno de turno, por lo que

---

1 La Organización de los Estados Americanos (OEA) es la organización regional más antigua del mundo, ya que se remonta a la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión se aprobó la creación de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas. La Carta de la OEA se suscribió en Bogotá en 1948 y entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, el cual entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, el cual entró en vigencia en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, el cual entró en vigencia el 29 de enero de 1996; y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, el cual entró en vigor el 25 de septiembre de 1997. En la actualidad la OEA tiene 35 Estados miembros. Además, la Organización ha otorgado categoría de Observador Permanente a más de 55 Estados, así como a la Unión Europea. Los propósitos esenciales de la OEA son los siguientes: afianzar la paz y la seguridad del Continente; promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados miembros; organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión; procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural, y alcanzar la efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros. ESTADOS MIEMBROS: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (*Commonwealth de las*), Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Dominica (*Commonwealth de*), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

todo acto que pretenda la supresión, restricción o limitación de esos derechos universales es un acto nulo e inexistente.

Hay que recordar que el objeto y finalidad de la Carta de la OEA es garantizar los derechos humanos, procurar la efectiva protección del individuo y de los grupos humanos por los Estados Parte. El mismo objetivo que se procuró con la institucionalización de las Naciones Unidas por medio de la Carta de la ONU, la Declaración Universal de los Derechos del Humanos, los dos Pactos sobre los Derechos de 1966, que permiten hablar de la existencia de una *garantía supranacional de democracia*, de una embrionaria *constitución del mundo* que no obstante carece de límites y vínculos fundamentales, que son idóneos para llevar a cabo las promesas de paz y de igualdad en los derechos frente a las agresiones provenientes de la selva de los poderes desregulados, tanto políticos como económicos<sup>2</sup>.

La aspiración civilizadora de la comunidad internacional y en contra de los adversarios de los derechos humanos, gira en torno “al establecimiento de una paz basada en el respeto efectivo de los derechos humanos, la justicia, el arreglo pacífico de las controversias y el rechazo de la violencia arbitraria”, como precisa Carrillo Salcedo, que conlleva “la superación de la visión clásica de la sociedad internacional, como medio social interestatal, atomizado y fragmentado, compuesto por un tejido de relaciones bilaterales dominadas por los intereses nacionales y por la reciprocidad, para incorporar la idea de una comunidad interdependiente, unida y solidaria, que obviamente incita a una relectura de la noción de *totus orbis*, es decir, a una reinterpretación de las dimensiones éticas, políticas y jurídicas –normativas e institucionales– de humanidad en tanto que comunidad universal”<sup>3</sup>.

---

2 Ferrajoli, L. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la democracia, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alonso Ruiz Miguel, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 475.

3 Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Carlos III de Madrid del Profesor Doctor D. Antonio Carrillo Salcedo. En:<http://portal.>

Desde luego que la internacionalización de los derechos humanos y la democratización internacional no son procesos teóricos ni desinteresados de los Estados. Por el contrario, la influencia de la realidad domina la adopción del principio democrático por un grupo importante de Estados que consideran necesario “protegerse de los adversarios de los derechos humanos que se sitúan en más de un Estado”<sup>4</sup>.

Esos adversarios de los derechos humanos, dudosa y aviesamente instalados en el poder en Venezuela, para justificar toda clase de excesos e injusticias, desde hace 17 años vienen alegando la soberanía como principio político preferente. Se han aferrado a la falacia del *Estado nacional soberano* como *poder supremo* que no reconoce autoridad superior (*superiorem non recognoscens*) y, por ende, pretende no verse sometido a la obligación jurídica internacional, general y frente a todos (*omnium et erga omnes*) de respetar los derechos fundamentales de la persona y grupos humanos que se encuentren bajo su jurisdicción<sup>5</sup>.

A continuación, analizaremos los efectos de esta decisión, su juridicidad y legitimidad, partiendo de la premisa de que la soberanía hoy día (como está concebida en la Constitución venezolana) se centra en la defensa de la persona humana y de los principios democráticos.

## I. La Carta de la OEA es inderogable

Al pretender retirarnos de la OEA el gobierno venezolano se arroga una competencia que además de usurpar la voluntad popular y el poder constituyente, compromete principios axiológicos irreversibles, relativos

---

[uc3m.es/portal/page/portal/conocenos/doctores\\_honoris\\_causa/2003\\_2005/discurso\\_carrillo\\_salcedo](http://uc3m.es/portal/page/portal/conocenos/doctores_honoris_causa/2003_2005/discurso_carrillo_salcedo)

4 Vid. Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*. Teoría General, con la colaboración de Rafael de Asís, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1era. reimpresión, Madrid, 1999, p. 176.

5 Cfr. Meier García, Eduardo, *La eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las prácticas ilegítimas de la Sala Constitucional*.

a “*lo que no puede ser o no debe ser decidido*”<sup>6</sup>, ese “...conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías”<sup>7</sup>, y *a fortiori* al voluntarismo de un gobierno ilegítimo que pretende sustraerse a las funciones e instituciones de garantía internacional, vinculadas a la protección de los derechos fundamentales universalmente establecidos, que es necesario perfeccionar, no restringir o eliminar, porque forman parte de la “*esfera de lo no decidible*”<sup>8</sup>, y en consecuencia, no es lícito decidir en contra del principio de internacionalización de los derechos, de la paz, la seguridad y la democracia, de la promoción de la cooperación y el desarrollo económico, social y cultural, o de los derechos de acceso a la justicia internacional y tutela judicial internacional efectiva, entre otros, porque se estaría decidiendo en contra de “...las reglas que establecen –más allá de y acaso contra la voluntad de la mayoría e incluso de sus propios titulares– los derechos fundamentales: tanto los de libertad que imponen prohibiciones, como los sociales que imponen obligaciones...”<sup>9</sup>.

Sin dudas, en la *democracia constitucional* sustraerse del Derecho internacional de los derechos humanos o restringir el derecho a la tutela judicial internacional o el acceso al amparo internacional o regional no es algo que los Estados puedan hacer libre y legítimamente, al formar parte de la *esfera de lo indecidible*, y en consecuencia estar protegido por el principio de inderogabilidad de los derechos humanos y por la cláusula de intangibilidad, que inmuniza contra todo desconocimiento o reforma.

---

6 Ferrajoli, L. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Mínima Trotta, Madrid, 2011, p.35.

7 Ferrajoli, L. *Democracia y Garantismo*, Ed. de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, p.102.

8 Ferrajoli, L. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alonso Ruiz Miguel, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 533.

9 Ferrajoli, L. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alonso Ruiz Miguel, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 775.

De modo que los derechos humanos son inderogables por jueces, legisladores y agentes del Poder Ejecutivo, máxime cuando el Estado Venezolano se viene limitando libre y espontáneamente desde mediados del siglo XX, al aceptar, convencional y constitucionalmente esa *esfera de lo indecidible*, que ahora el Ejecutivo pretende desconocer en contraposición a la teoría de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*), porque ya no le interesa mantener las apariencias de las formas constitucionales.

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado recientemente que “[I]a legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”<sup>10</sup>.

Al gobierno de Venezuela se le olvida que el ordenamiento jurídico internacional de este siglo, ha supuesto un cambio de orientación, de la antigua reciprocidad estatocéntrica y la razón de Estado vinculada a la soberanía como principio político preferente, que ha pasado a “las concepciones de las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*, –en cuyo dominio hoy se sitúa el principio básico *non-refoulement*–, de los derechos fundamentales inderogables, de las obligaciones *erga omnes* de protección (debidas a la comunidad internacional como un todo). La consagración de estas obligaciones, apunta Cançado Trindade representa la superación de un patrón de conducta erigido sobre la pretensa autonomía de la voluntad del Estado, del cual el propio derecho

---

10 Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de Febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), párr. 239.

internacional buscó gradualmente liberarse al consagrar el concepto de *ius cogens*<sup>11</sup>.

Como lo señala muy elocuentemente Meier Echeverría “[l]a clásica ‘razón de Estado’ de los tiempos medievales y la ‘razón de partido’ de los totalitarismos del siglo XX, son incompatibles con el Estado democrático de Derecho. En este modelo de organización de las relaciones de poder sólo la ‘razón axiológica de los derechos humanos’ puede legitimar, desde el punto de vista del deber ser ético, político y jurídico, el origen y el desempeño de los poderes estatales”<sup>12</sup>.

Se le olvida igualmente al gobierno venezolano el hecho cierto de que sobre Venezuela se está aplicando actualmente la Carta Democrática Interamericana<sup>13</sup>, lo que inhibe y compromete desde todo punto de vista la pretensión gubernamental de denunciar la Carta de la OEA, haciendo dicha decisión insubsistente e ineficaz, un acto de objeto imposible y de improbable ejecución por su extrema iniquidad, injusticia e irracionalidad, que desdice incluso de su propia cualidad jurídica.

**Por esta razón el ilegítimo retiro de la OEA limitaría sus efectos al gobierno de Venezuela, y no al Estado in integrum, ni a la Nación, mucho menos a la persona humana su verdadero y último destinatario. De modo que, en el supuesto negado de que se le reconozca eficacia jurídica a la denuncia de la Carta de la OEA, transcurridos dos años a partir de la fecha en que la Secretaría General reciba la noti-**

---

11 Cançado Trindade, A.A. “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos Humanos frente a la conciencia jurídica universal”, en *La nueva dimensión de las necesidades del ser humano en el inicio del siglo XXI*, 2ª Edición, ACNUR/ Corte IDH, San José, C.R., 2002, p.82

12 Cançado Trindade, A.A. “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos Humanos frente a la conciencia jurídica universal”, en *La nueva dimensión de las necesidades del ser humano en el inicio del siglo XXI*, 2ª Edición, ACNUR/ Corte IDH, San José, C.R., 2002, p.82

13 Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001.

**ficación de denuncia, la Carta cesará en sus efectos únicamente respecto del Poder Ejecutivo Nacional venezolano.**

**En ese caso la sociedad civil, el pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, debe desconocer el acto gubernamental ejecutivo (la notificación de denuncia) de desincorporación de la OEA, así como a la autoridad que lo materialice por contrariar los valores, principios y garantías democráticos y menoscabar los derechos humanos (Artículos 333 y 350 de la Constitución de 1999).**

En efecto, el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, en plena aplicación en Venezuela, destaca que “la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad” y que “promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”. A su vez, el artículo 26 de la Carta establece que la OEA mantendrá consultas y cooperación continua con los Estados Miembros, tomando en cuenta los aportes de organizaciones de la sociedad civil que trabajen en esos ámbitos.

**De modo que en obsequio al orden público constitucional e internacional, como ciudadanos investidos o no de autoridad, desde el 28 de abril de 2017 estamos en el deber de colaborar en el restablecimiento de la efectiva vigencia de los derechos humanos en Venezuela, en este caso reafirmando la inderogabilidad, inviolabilidad e inalienabilidad de la Carta de la OEA, asumiendo de ser necesario y en nombre del pueblo de Venezuela la representación del país ante la OEA.**

## **II. Gestiones diplomáticas y la interpretación de los Tratados sobre derechos humanos**

En Venezuela se viene aplicando el artículo 20 de la Carta Democrática Interamericana, “desde el momento en el que el Secretario General [de la OEA] presentó su informe sobre Venezuela al Consejo (el 23 de junio [de 2016])”, como señaló Jean Michel Arrighi, Secretario de

Asuntos Jurídicos de la OEA: “El proceso se inició cuando se aceptó el orden del día y celebrar la reunión. Esa reunión se hizo ya en cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana”<sup>14</sup>. En ella el Secretario General de la OEA, Luis Almagro, presentó las razones que dan cuenta de la grave alteración del orden constitucional que sufre el país y el rápido deterioro que ya había advertido en la carta al Presidente del Consejo Permanente el 30 de mayo de 2016<sup>15</sup>.

Parte de ello es la decisión tomada el pasado 26 de abril de 2017, por 19 de los 34 países miembros del Consejo Permanente de la OEA, de convocar una reunión de consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros para debatir la “Situación actual de la República Bolivariana de Venezuela,”<sup>16</sup>. en el marco del artículo 61 de la Carta de la Organización de Estados Americanos que permite convocar una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores para considerar problemas de carácter urgente y de interés común.

El artículo 20 de la Carta Democrática Interamericana invocado por el Secretario General de la OEA, permite que cuando en un Estado Miembro se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático, cualquier Estado Miembro o el Secretario General solicite la convocatoria inmediata del Consejo Permanente para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar

---

14 Consultada en: [http://www.eluniversal.com/noticias/politica/responsable-juridico-oea-carta-democratica-esta-aplicando\\_317298](http://www.eluniversal.com/noticias/politica/responsable-juridico-oea-carta-democratica-esta-aplicando_317298)

15 Consultada en: [http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=D-011/16](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-011/16) Ver documento original en: <http://www.Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 105, Caracas, 2014 oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf>

16 Aprobada por el Consejo Permanente en la sesión extraordinaria celebrada el 26 de abril de 2017, considerando la creciente preocupación de los Estados Miembros de la OEA ante la situación en la República Bolivariana de Venezuela; teniendo en cuenta lo establecido en el Artículo 61 de la Carta de la Organización de Estados Americanos sobre la posibilidad de convocar una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores para considerar problemas de carácter urgente y de interés común.



las decisiones que estime conveniente. En ese caso, el Consejo Permanente podrá disponer la realización de las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática.

De modo que la intención manifiesta del Consejo Permanente de la OEA, debe interpretarse como la genuina preocupación de un buen oficiante por la promoción de la normalización de la institucionalidad democrática en Venezuela, principalmente por medio de las gestiones diplomáticas.

Esa genuina preocupación obedece a que el Estado venezolano es miembro de pleno derecho de la OEA, y los demás Estados Parte y órganos de la OEA deben vigilar que se garantice y asegure jurídicamente a las personas bajo su jurisdicción, el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. En Venezuela rige la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), que es un instrumento fundacional que le sirve de guía, desde que se adoptó en el seno de la Organización de Estados Americanos en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, siete meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Así mismo, Venezuela ha ratificado una serie de convenios regionales en el marco de la especificidad de los derechos humanos, en temas como tortura, desapariciones forzadas, violencia de género, eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad o promoción de la democracia. Se trata de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, cuyo respectivo instrumento de ratificación se depositó el 26 de agosto de 1991; de la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas, que tuvo el depósito de su ratificación el 19 de enero de 1999; de la Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para”, ratificada el 03 de febrero de 1995 cuando se depositó el respectivo instrumento; de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discrimina-

ción contra las personas con discapacidad, que fue ratificada el 28 de septiembre de 2006 y de la Carta Democrática Interamericana («Declaración de Lima», 2001), suscrita en Lima, Perú en el Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones, el 11 de septiembre de 2001.

Mientras que sigue en vigor las normas sustantivas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que fue ilegítimamente denunciada el 6 de septiembre de 2012, después de haberse ratificado el 09 de agosto de 1977. Al contrario, del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador, 1988) fue firmado 27 de enero de 1989, pero aún espera ratificación. El otro Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990) sí fue ratificado, con el depósito del respectivo instrumento el 06 de octubre de 1993.

Antes, por supuesto, Venezuela suscribió el 30 de abril de 1948 y ratificó el 21 de diciembre de 1951 la Carta de la OEA<sup>17</sup>. Según el artículo 4 de la Carta son miembros de la Organización todos los Estados americanos que la ratifiquen. Señala en su artículo 1 que “[l]os Estados americanos consagran en esta Carta la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional”.

De acuerdo con el artículo 143 la Carta regirá indefinidamente, pero podrá ser denunciada por cualquiera de los Estados miembros, mediante comunicación escrita a la Secretaría General, que comunicará tal circunstancia a los demás Estados Parte.

Transcurridos dos años a partir de la fecha en que la Secretaría General reciba la notificación de denuncia, la Carta cesará en sus efectos

---

17 Consultada en: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/CartaOEARat.htm>

respecto del Estado denunciante, y éste quedará desligado de la Organización después de haber cumplido con las obligaciones emanadas de la Carta.

**Sin embargo, el artículo 143 de la Carta de la OEA, en el marco de la Constitución de Venezuela de 1999 y de una interpretación contextualizada, teleológica y evolutiva de las técnicas de denuncia y retiro de los tratados internacionales, debe interpretarse, en el sentido de la vigencia indefinida de la Carta de la OEA, que al ser un tratado sobre derechos humanos no podrá ser denunciado sin que ello signifique una vulneración grave a la constitucionalidad y convencionalidad vigentes en el país, un desconocimiento ilegítimo de las normas que rigen el núcleo de los derechos humanos básicos.**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado recientemente<sup>18</sup> que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>19</sup>.

---

18 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. En el párr. 91 se señala: *“Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [...] la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”*.

19 Cfr. Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114 y *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de

Como lo ha puesto de relieve el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en octubre de 1997, al adoptar un Comentario General<sup>20</sup> sobre cuestiones relacionadas con la continuidad de las obligaciones de los Estados partes de los Pactos, refiriéndose al hecho de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contiene ninguna disposición relativa a su expiración ni prevé la denuncia ni la retirada de él, señaló que:

*“...la posibilidad de expiración, denuncia o retirada debe examinarse teniendo en cuenta las normas aplicables del derecho internacional consuetudinario que se recogen en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Según esa normativa, el Pacto no puede ser objeto de denuncia ni de retirada a menos que se determine que las Partes tenían el propósito de admitir la posibilidad de la denuncia o de la retirada o que el derecho a hacerlo se infiere de la propia naturaleza del tratado. Además, es indudable que el Pacto no es un tratado que, por su naturaleza, entrañe un derecho de denuncia. Junto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fue preparado y aprobado al mismo tiempo que él, el Pacto codifica en forma de tratado los derechos humanos universales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento éste que, juntamente con los otros dos, configura lo que se denomina «Carta Internacional de Derechos Humanos». Por ello, el Pacto carece del carácter temporal propio de los tratados en que se considera admisible el derecho de denuncia, pese a que carezca de disposiciones concretas al respecto. En consecuencia, el Comité tiene el firme convencimiento de que el derecho internacional no permite que un Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él*

---

2005. Serie C No. 134, párrs. 106. Vid. TEDH., *Caso Tyrer v. Reino Unido*, (No. 5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

20 Comentario General 26(61), de 29 de octubre de 1997, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8. Fuente: núm. 1 a núm. 32: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I); núm. 33: A/64/40(Vol.I); núm. 34: CCPR/C/GC/34; núm. 35: CCPR/C/GC/35, consultada en: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CCPR/00\\_2\\_obs\\_grales\\_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GE](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GE)

*originariamente o a título de sucesión lo denuncie ni se retire de él”.*  
(Destacado nuestro)

Esto mismo puede decirse de la Carta de la OEA que, por su naturaleza y finalidad no debe entrañar la posibilidad de denuncia y retiro del país de la organización hemisférica, al carecer del carácter temporal propio de los tratados en que se considera admisible el derecho de denuncia. De allí el carácter indefinido de la Carta, conforme a su artículo 143. Además, el inconsistente derecho de denuncia, que intenta ser subsumido en un inexistente derecho a la soberanía del Estado, estaría en todo caso absolutamente subordinado a los derechos humanos, que existen y deben ser reconocidos y protegidos, figuren o no en los textos normativos de la materia.

Porque en el caso de la preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La posición preferente de los derechos fundamentales indica que el intérprete que se enfrenta a un caso concreto en el que dos derechos pueden entrar en colisión, debe aplicar de forma preferente algunos de ellos, siempre y cuando haya realizado antes un ejercicio de ponderación entre ellos. Esta preferencia interpretativa por la norma más favorable a la persona humana está expresamente señalada en el artículo 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos<sup>21</sup>, en el artículo 5 del Pacto Internacional

---

21 PIDCP. Artículo 5. 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>22</sup>, en el artículo 54 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>23</sup> y en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>24</sup>.

En fin, la interpretación integradora y *pro homine* de los tratados y declaraciones de jerarquía constitucional, supondría una operación interpretativa consistente en los siguientes pasos: a) la identificación del derecho de marras en el texto constitucional y en los distintos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional; b) la comparación de los diversos textos que consagran el derecho; y c) la integración interpretativa de los aspectos más favorables a la persona humana contenidos en esos diversos textos<sup>25</sup>.

---

22 PIDES. Artículo 5. 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

23 CEDH. Artículo 53. Protección de los derechos humanos reconocidos. Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.

24 CADH. Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

25 Courtis, Christian. “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos” En: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito*

Los tratados de derechos humanos deben interpretarse con fundamento en el *control de convencionalidad* de sus intérpretes últimos autorizados, como es el caso de la Corte IDH, y ello con la firme intención de procurar frenar el voluntarismo estatal y el decisionismo de la política, salvaguardar la integridad de todo el *acquis conventionnel* interamericano y especialmente para fortalecer la posición *pro homine* de los individuos como sujetos del Derecho Internacional de los derechos humanos, “es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”<sup>26</sup>.

De allí que cuando se invoca la progresividad de los derechos humanos<sup>27</sup>, apunta a principios de interpretación amplios como *pro homine*<sup>28</sup> o *pro personae*, lo que ha significado el abandono de las imbricadas teorías interpretativas del derecho, y su sustitución por una regla sencilla: la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana, independientemente de su origen anterior o posterior, de su generalidad o especialidad, o de su estatus nacional o internacional, que le otorga a la

---

*local. La experiencia de una década*, Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (Compiladores), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, p.707.

26 Cfr. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. (*Fondo Reparaciones y Costas*). Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 228; Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 284.

27 Sobre el principio de progresividad Vid. O'Donnell, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos, Comisión Andina de Juristas, IIGH*, 2ª edición, Lima, 1989, p.p. 34-35; Nikken, Pedro. *La Protección Internacional de los Derechos Humanos –su desarrollo progresivo–*, IIDH/Civitas, Madrid, 1987; Nikken, Pedro. “Bases de la progresividad en el régimen internacional de protección a los derechos humanos” En: *Derechos humanos en las Américas. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington, CIDH, 1984, pp. 22-40.

28 Sobre el principio *pro homine* Vid. Pinto, Mónica. *Temas de Derechos Humanos*, 2ª reimpression, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 1999, p.p. 80-85; Pinto, Mónica. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. En: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Martín Abregú y Christian Courtis (Compiladores), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 163-171.

interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales una dinámica expansiva permanente.

Como lo ha puesto de relieve la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre Venezuela (2009) se pone en evidencia la actitud hostil de la autoridades del Estado venezolano hacia el *acquis conventionnel* interamericano y la interpretación de los tratados relativos a los derechos humanos, porque se “ha asumido una actitud de rechazo hacia las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos bajo el argumento de que contravienen la soberanía nacional. Sobre este aspecto, la Comisión enfatiza que, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena<sup>29</sup>, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones y decisiones de sus órganos de protección como son la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, y además “ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención”. En virtud de lo anterior, la CIDH reitera al Estado “su deber de cumplir con las obligaciones internacionales de derechos humanos libremente asumidas bajo la Convención Americana y demás instrumentos jurídicos aplicables y exhorta a Venezuela a dar cumplimiento efectivo a las recomendaciones a fin de contribuir al fortalecimiento de la defensa y protección de los derechos humanos en un contexto democrático”<sup>30</sup>.

---

29 Artículo 31.1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.” Vid. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.

30 Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denominado “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela” OEA/Ser.L/V/II.Doc. 54, 30 diciembre 2009, párr. 1161.



Ese *acervo convencional* interamericano apunta al principio *pro homine* o *pro personae*, impone el criterio de preferencia de la fundamentación y de la decisión más favorable a la persona, con independencia del tribunal (nacional o internacional) del que proceda, por cuanto se trata de:

“... [...] un método de indagación del sentido último de las disposiciones jurídicas [...], para los fines de la aplicación no jurisdiccional o jurisdiccional de aquéllas, y en este sentido es un “principio de interpretación” ampliamente acreditado, pero al mismo tiempo significa un criterio riguroso para la elaboración de las disposiciones que nacional e internacionalmente se expidan sobre [determinada] materia, y en tal virtud es también un “principio de regulación”<sup>31</sup>.

Como principio interpretativo y criterio normativo, el principio *pro homine* da valor supremo de la persona y proscribire cualquier manobra que intente levantar un sistema de derechos que atribuya valor al sujeto en tanto que miembro del grupo y no en tanto que individuo, en fin, busca evitar la instrumentalización, o “cosificación” de la persona humana, incompatibilidad que es también extensible a aquellos discursos reivindicativos de valores y pretensiones colectivistas, nacionalistas, en fin, neo-populistas, que atienden a entidades gregarias, abstractas y artificiales, distintas a los individuos, y que al final pretenden sustraerse del control de convencionalidad, suprimiendo cualquier control con el alegato de la supremacía de unos derechos del Estado, que por cierto, éste jamás adquiere a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos.

Con este criterio hermenéutico predeterminado convencional<sup>32</sup>, constitucional y consuetudinariamente, que es obligatorio para todos los

---

31 Cfr. Corte IDH. Caso: Raxcacó Reyes Vs. Guatemala Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.

32 La Corte IDH ha señalado que: “debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por [la CADH], según el principio de la norma más favorable al ser humano”. Cfr. *La Colegiación Obligatoria de*

órganos del Estado y establece un procedimiento para vincular al Estado internacionalmente siempre que estén en juego los *derechos*, siempre que esté de por medio la persona humana, debe invocarse y aplicarse la norma más amplia, o a la interpretación con efectos más extensivos, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, se acudirá a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos.

Esa regla sencilla de aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana, independientemente de su origen anterior o posterior, de su generalidad o especialidad, o de su estatus nacional o internacional, que le otorga a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales una dinámica expansiva permanente, se traduce en el caso del artículo 143 de la Carta de la OEA, en la imposibilidad de denuncia y de retiro de la OEA, y en la ratificación de su carácter indefinido como aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana.

El artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé el principio *pro homine* o *pro personae* cuando señala que los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, si las normas internacionales suponen mayor efectividad o un *plus* de tutela, que las establecidas en la Constitución.

Asimismo, esos tratados sobre derechos humanos no sólo son de aplicación inmediata y directa por todos los tribunales y demás órganos del Poder Público, sino que *en los términos establecidos en los tratados*, otorgan el derecho a *dirigir* peticiones ante los órganos internacionales con el objeto de solicitar protección a los derechos humanos, y a *exigir*, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley

---

*Periodistas* (Arts. 13 y 29 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 52, y *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No. 134, párr. 106.

las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales. A saber:

Artículo 31. CRBV: *“Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”.*

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé en el artículo 29, sobre la ‘normas de interpretación’, que:

*“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.*

Es más que evidente que el principio interpretativo *pro homine*, es un principio de aplicación y fundamentación, que está presente en el artículo 29 (a y b) de la CADH, cuando proscribe que alguna disposición de la Convención sea interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella, o limitar el goce y ejercicio de cualquier

derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes y *a fortiori* en la interpretación y fundamentación de una decisión concreta debe buscarse aquella disposición que aporta la solución más beneficiosa y mejor para la persona y sus derechos, lo que desde luego en materia de derechos humanos significa un cambio cualitativo en relación con las reglas de hermenéutica clásicas, además de dejar obsoleta y completamente estéril la antigua discusión sobre la prevalencia del Derecho interno o el Derecho Internacional, la clásica disyuntiva entre ‘monismo’ y ‘dualismo’, porque, en caso de conflicto, el derecho de los derechos humanos encontró una solución en la aplicación del principio *pro homine* o *pro personae*.

De esta forma, en el caso de la aplicación de las normas y de los criterios o reglas jurisprudenciales sobre derechos humanos en Venezuela, la disyuntiva entre ‘monismo’, ‘dualismo’ o ‘nacionalismo constitucional’, que es también una postura monista, que pretende la superioridad y preferencia del Derecho constitucional frente al Derecho Internacional, se convierte no en una alternativa sino en un falso dilema, desde el momento en que *convencional* (artículo 29. a y 29. B de la CADH) y *constitucionalmente* (artículos 23 y 31 CRBV) está plenamente vigente el principio *pro homine* o *pro personae*.

Como señala Bidart Campos, apreciación que es perfectamente aplicable al sistema jurídico venezolano, el derecho de los derechos humanos tiene fuente internacional y fuente interna lo que lo coloca en realimentación recíproca e implica una prelación sobre el derecho interno en todo cuanto se refiere a derechos humanos. Así, el derecho interno debe subordinación al derecho internacional de los derechos humanos, siendo que este último es un derecho *mínimo* y *subsidiario*, el derecho interno opera como un plus, justamente en todo cuanto amplía y mejora al sistema de derechos proveniente del derecho internacional<sup>33</sup>.

---

33 Bidart Campos, Germán. “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Volumen I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, C.R, 1998, p. 451-452.

Se pregunta Bidart Campos si hay supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, o solamente encontramos una posible opción por la fuente más beneficiosa, y se decanta por la *supremacía* del derecho internacional en el sentido de que el Derecho internacional de los derechos humanos no consiente su violación por parte del derecho interno. No se trata de una opción desde que existe el deber de escoger la fuente y la norma que en la dualidad integrada del derecho internacional y el derecho interno, suministra la mejor solución posible para la persona y sus derechos, esto es, la aplicación obligatoria del principio '*pro homine*', lo que significa que el Derecho internacional de los derechos humanos subordina al derecho interno en materia de derechos humanos porque obliga a hacer efectivo el *mínimo* que consagra, pero reenvía a la misma fuente interna cuando ésta resulta más generosa y maximizadora, lo que da testimonio claro de la forma en que funciona la jerarquía del Derecho internacional de los derechos humanos respecto del derecho interno, en cuyo ámbito el Estado tiene deberes de acción y de omisión para con el derecho internacional, que viene a ser un piso y no un techo<sup>34</sup>.

De modo que más allá de las reglas y métodos interpretativos aplicables a los tratados internacionales previstos en la Convención de Viena y en el Derecho convencional y consuetudinario, existe una inequívoca consubstancialidad entre la aplicación del principio *pro homine* y la defensa de la democracia, en efecto, el principio democrático está a medio camino entre el principio interpretativo y un conjunto de procesos técnicos que llevan a la obtención de un determinado resultado, esto es, un método, y coadyuva en el esclarecimiento teleológico e ideológico de los Convenios.

En la búsqueda de la norma más favorable al individuo y compatible con el principio democrático, es fundamental el *corpus iuris* del Derecho internacional de los derechos humanos, ese conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, con-

---

34 Ibidem.

venios, resoluciones y declaraciones) y en evolución dinámica<sup>35</sup>. Como señala Úbeda, los tribunales democratizan su interpretación, impregnándola de contenido democrático, tanto en lo que respecta en los métodos y técnicas utilizadas, como en las consecuencias que de ello derivan, que deben adaptarse a las necesidades del Estado/sociedad democrática. Así, el principio democrático es más bien un conjunto de valores que subyacen a la interpretación de los textos y que impulsa los derechos desde la base, ya que constituye el factor clave del modelo ideológico de los mismos, un modelo ideológico que compatibiliza el principio por hombre con la defensa de la democracia<sup>36</sup>.

En efecto, recuerda Cançado Trindade que la interrelación de los derechos humanos con la democracia encuentra expresión en las disposiciones de los propios instrumentos generales de derechos humanos en los planos global y regional<sup>37</sup>, y aplicación específica bajo ciertos tratados de derechos humanos como los dos Pactos de Derechos Humanos de Naciones Unidas y las Convenciones Europea y Americana de Derechos Humanos, que establecen como límites de discrecionalidad estatal los imperativos y exigencias de una 'sociedad democrática'. Aquí se invoca la democracia, en su dimensión social, con el fin de asegurar que los derechos humanos consagrados no sean indebidamente limitados. Se trata, pues, de una aplicación específica de la cláusula democrática en su

---

35 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de Octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos "*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*", Serie A No. 16, párr. 115.

36 Úbeda de Torres, Amaya. *Democracia y derechos humanos en Europa y América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Editorial Reus, Colección jurídica general, Monografías, Madrid, 2007, p. 339..

37 Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 21; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 20; Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, art. 25; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5° (c); Protocolo N° 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, art. 3°; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 23; Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 13.

dimensión social, directamente ligada a la plena vigencia de los derechos humanos. La expresión ‘en una sociedad democrática’, como criterio de control y restricción de las limitaciones permisibles al ejercicio de los derechos humanos consagrados, encuéntrase efectiva y reiteradamente estipulada en la Convención Europea de Derechos Humanos y Protocolo n. 4, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La consagración de esta expresión en las disposiciones relevantes de estos tratados pretende defenderlos contra los excesos de la interferencia estatal, asegurar la legalidad del recurso a las limitaciones, y restringir las posibilidades de invocación de las limitaciones al ejercicio de los derechos humanos consignados en dichos tratados<sup>38</sup>.

Es éste un ejemplo de como las relaciones entre la democracia y los derechos humanos encuentran expresión concreta. Se impone, pues, una interpretación necesariamente restrictiva de las limitaciones permisibles (y expresamente previstas) al ejercicio de los derechos humanos consagrados, para lo que también contribuye la interrelación entre la democracia y los derechos humanos. Dicha interpretación restrictiva de las limitaciones cuenta hoy con reconocimiento judicial. De este modo, la cláusula democrática se convierte en un componente de la aplicación correcta de las obligaciones convencionales en materia de derechos humanos, en beneficio de los seres humanos protegidos<sup>39</sup>.

---

38 Caçado Trindade, Antônio Augusto. “Democracia y Derechos Humanos: el Régimen emergente de la Promoción Internacional de la Democracia y del Estado de Derecho”, en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Ano 1, vol. 1, n. 1, Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, ISSN 1677-1419, 1999, p. 22. .

39 *Ibidem*.

### III. Efectos inmediatos de la pretendida denuncia de la Carta de la OEA

Con esta decisión de denunciar la Carta de la OEA el Estado venezolano, y más concretamente su gobierno:

- 1.1. Se convierte en el primer país en la historia de la OEA en apartarse por voluntad propia del bloque hemisférico**, lo que constituye un precedente nefasto, contrario a la tradición y al cariz democrático y de promoción y respeto de los derechos humanos que identificó a la Venezuela de la segunda mitad del siglo XX, y una manifestación del irrespeto general del consentimiento de los Estados miembros mediante la celebración y ratificación de sus instrumentos internacionales, que sustenta la obligatoriedad del sistema de protección y promoción de los derechos humanos y de las normas que derivan de él y del principio *pacta sunt servanda*.

En el caso de Cuba<sup>40</sup>, a pesar de que el gobierno cubano ha sido excluido de la OEA, con fundamento en la Resolución VI de la Octava Reunión de Consulta que “excluyó al gobierno de Cuba, y no al Estado, de su participación en el sistema interamericano<sup>41</sup>”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha continuado con sus informes sobre ese país, destacándose “en el

---

40 Informes sobre la Situación de Derechos humanos en Cuba correspondiente a los años 1962, 1963, 1967, 1970, 1976, 1979 y 1983. La situación de los derechos humanos en Cuba, Séptimo Informe, OEA/Ser.L/V/II.61Doc.29 rev. 14 octubre 1983, Conclusiones puntos 1 y 24. La CIDH también se ha pronunciado sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, en el Capítulo IV del Informe Anual de los siguientes años: 1990-1991; 1991; 1992-1993; 1993; 1994; 1996; 1997; 1998; 1999; 2000; 2001; 2002; 2003; 2004; 2005; 2006; 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011.

41 CIDH, Informe Anual 2002, Capítulo IV, Cuba, párrafos 3-7. También CIDH, Informe Anual 2001, Capítulo IV, Cuba, párrafos 3-7. CIDH, *Séptimo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Cuba*, 1983, párrafos 16-46.



ámbito de la estructura del Estado y de los derechos políticos”, que no existe un orden democrático...”<sup>42</sup>.

- 1.2. **Se hace reincidente en la denuncia ilegítima de instrumentos de protección de derechos humanos.** Recordemos que el pasado 6 de septiembre de 2012, mediante Nota Oficial Diplomática N° 000125 suscrita por Nicolás Maduro quien para el momento ejercía el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores, se denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, generando así la privación presente y futura de derechos

---

42 CIDH, Informe Anual 2002, Capítulo IV, Cuba, párrafos 3-7. También CIDH, Informe Anual 2001, Capítulo IV, Cuba, párrafos 3-7. CIDH, Séptimo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Cuba, 1983, párrafos 16-46.

Señalándose que “el sistema político cubano otorga una preponderancia excesiva al Partido Comunista, el cual se constituye, en los hechos, en una fuerza superior al Estado mismo lo que impide la existencia de un sano pluralismo ideológico y partidario que es una de las bases del sistema democrático de gobierno. Es así como los más importantes órganos estatales son controlados por miembros del Partido Comunista que también intervienen de manera decisiva en la operación de los mecanismos de selección de los candidatos a ocupar los puestos de carácter electivo. Todo esto impone una adhesión ideológica que puede calificarse de acrítica y dogmática”. Asimismo, la CIDH “espera que se creen las condiciones internas e internacionales que permitan lograr una efectiva y auténtica participación de los ciudadanos de Cuba en las decisiones políticas que los afectan, en un marco de libertad y pluralismo imprescindible para lograr una real vigencia de la totalidad de los derechos humanos”.

En el Informe Anual de 2011, señala la CIDH con base a los criterios que elaboró en 1997 para identificar los Estados cuyas prácticas en materia de derechos humanos merecen atención especial, que la situación de los derechos humanos en Cuba se enmarca dentro de los criterios primero y quinto, en cuanto a que no se observan los derechos políticos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y persisten situaciones estructurales que afectan seria y gravemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales, consagrados en la citada Declaración Americana. Además, las restricciones a los derechos políticos, de asociación, a la libertad de expresión y de difusión del pensamiento, la falta de elecciones, la falta de independencia del poder judicial y las restricciones a la libertad de movimiento, han conformado durante décadas una situación permanente y sistemática de vulneración de los derechos humanos de los habitantes en Cuba. En el 2011 la situación en general de violación a los derechos humanos persiste, así como las represiones severas hacia mujeres, las restricciones a defensores y defensoras de derechos humanos y las prácticas que contravienen los derechos de los niños, niñas y adolescentes” Vid. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, párrs. 150 y 151.

humanos en perjuicio de sujetos concretos y la frustración de la legítima expectativa de todas las personas que están bajo jurisdicción del Estado, de poner remedio procesal a actos estatales contrarios a derecho.

**1.3. Admite ilegítimamente un retroceso inaceptable en la condición de Venezuela como promotor y suscriptor temprano y permanente de las principales Declaraciones, Pactos y convenciones regionales y universales sobre derechos humanos**<sup>43</sup> rasgo que, como ya se apuntó, nos caracterizó durante la

---

43 Vid. *Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R., 2005; Naciones Unidas. Oficina de Alto Comisionado para los Derechos Humanos. En: <http://www.ohchr.org/SP/countries/LACRegion/Pages/VEIndex.aspx>

Además de los señalados instrumentos internacionales que rigen en Venezuela el ámbito regional americano (*supra*), en el ámbito universal, Venezuela forma parte de las Naciones Unidas por lo que se rige por la primera Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), cuyas disposiciones han adquirido un carácter no sólo fundacional, sino vinculante al convertirse en práctica generalmente aceptada como Derecho por los Estados, siendo consideradas parte del Derecho internacional, como normas consuetudinarias o bien como principios generales del derecho de gentes. Igualmente, el Estado venezolano ratificó el 10 de mayo de 1978 el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) lo ha ratificado el 10 de mayo de 1978, mientras que el 22 de febrero de 1993 ha ratificado el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la Pena de Muerte (1989). En el mismo sentido, en el ámbito universal el Estado venezolano es suscriptor de una serie de convenios de protección específica, como la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984) que fue ratificada el 29 de julio de 1991; la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965) que fue ratificada el 10 de octubre de 1967; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) ratificada por Venezuela el 2 de mayo de 1983; el Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1999) que entró en vigor el 22 de diciembre de 2000 y fue ratificado por el Estado venezolano el 13 de mayo de 2002; así como la Convención sobre los derechos del niño (1989) que fue ratificada el 14 de septiembre de 1990 y sus dos Protocolo facultativos, el Relativo a la participación en los conflictos armados (2000) cuyo instrumento fue depositado el 23 de septiembre de 2003 y el Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la

segunda mitad del siglo XX como una de las democracias más estables de América Latina, por su compromiso con la internacionalización de los derechos humanos y la democratización en el continente.

- 1.4. **Permite una regresión inadmisibles a la concepción de la soberanía** como la negación de toda limitación o control externo del Estado por cualquier otro poder y el consecuente no reconocimiento de autoridad alguna por encima de la suya, que gozaría en consecuencia de un poder supremo e independiente; desconociendo que el moderno concepto de soberanía se centra en de la defensa de la persona humana, en su dignidad personal y en la promoción y tutela de los valores de la sociedad democrática.
- 1.5. **Sacrifica injustificadamente el orden público internacional**, quebrantando el compromiso *pro futuro* de evitar actos antijurídicos, como expresión concreta y garantía general de recepción de unos valores superiores compartidos por la comunidad internacional, dispuestos a la conservación y defensa eficaz de los derechos humanos.

---

prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, cuyo instrumento fue depositado el 08 de mayo de 2002. Igualmente, se adhirió al Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados (1966) el 19 de septiembre de 1986, pero no lo hizo con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), y al Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989) ratificado el 22 de mayo de 2002. La Convención sobre Asilo (1928) la firmó el 20 de febrero de 1928, pero no ha sido ratificada.

En cuanto al Derecho internacional humanitario, encontramos los conocidos Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y sus Protocolos adicionales de 8 de junio de 1977. El Estado venezolano ratificó el 13 de febrero de 1956, los primeros, y se adhirió a los segundos el 23 de julio de 1998.

Además, se adhirió el 12 de julio de 1960 a la Convención para Prevención y la sanción del delito de Genocidio (1948) y al Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional (1998), ratificado el 07 de junio de 2000.

#### IV. El inconstitucional retiro de la OEA

La decisión de denunciar la Carta de la OEA, es inconstitucional, además de inconvenicional y jurídicamente inválida e ineficaz, por las siguientes razones:

- 1.1. Constituye una flagrante violación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>44</sup> que desde sus normas de apertura (artículos 2, 3, 19, 22, 23, 30 y 31 CRBV), contempla que:
  - a. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, *inter alia*... la preeminencia de los derechos humanos.
  - b. El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución, lo que confiere al Estado una vocación antropocéntrica, que condiciona toda su actuación al servicio y defensa del ser humano, siendo el eventual retiro de la OEA la negación de la persona y sus derechos, por ende la negación de la razón del ser del Estado mismo, en la medida que es la negación de los valores de la Constitución.

---

44 El 30 de diciembre de 1999 fue publicada en la Gaceta Oficial nº 36.860 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. No obstante, en la Gaceta Oficial nº 5.453 de 24 de marzo de 2000, se procedió a una nueva publicación (“reimpresión”) del texto para subsanar supuestos errores gramaticales, de sintaxis y de estilo, lo cual significó la introducción de cambios sustanciales al texto originalmente aprobado en referéndum el 15 de diciembre de 1999, incluyendo una Exposición de Motivos que no fue objeto de debate en el Pleno de la Asamblea Constituyente.

- c. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela tienen jerarquía constitucional; y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y en las leyes de la República, con lo cual se interpretarán y aplicarán de forma que suponga una mayor efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución o en los tratados (*efecto útil*); que son de aplicación inmediata y directa por todos los órganos del Poder Público (*self executing*).
  
- d. En ese sentido la Carta de la OEA al ser un instrumento internacional sobre derechos humanos que contiene normas orgánicas y sustantivas sobre derechos humanos, tiene jerarquía constitucional en Venezuela y por ende es inderogable, su denuncia no surtiría efectos internos porque al formar parte ese instrumento jurídico internacional del bloque de constitucionalidad<sup>45</sup>, sigue la suerte de la Constitución que no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella (Artículo 333 de la Constitución).

---

45 Señala Nogueira Alcalá que “Así, cuando existen normas que estando fuera de la Constitución se rigen, por decisión del constituyente, a un nivel supraconstitucional o al mismo nivel de la Carta Fundamental, compartiendo su misma jerarquía o una superior, nos lleva a plantear necesariamente la doctrina del bloque de constitucionalidad, en el cual se insertan a través de fuentes nacionales o internacionales, normas con la misma jerarquía de la Constitución, lo que significa, como señala Bidart Campos, que por imperio de la propia constitución esas normas ajenas a su articulado comparten su misma fuerza normativa, porque la propia Carta Fundamental como fuente suprema del ordenamiento jurídico lo ha querido.

De esta forma, podemos considerar que el bloque de constitucionalidad se refiere al conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, entre otros. Dicho bloque de constitucionalidad sirve de complemento congruente para reforzar y legitimar la fuerza normativa de los derechos en la Constitución desde fuera de ella misma”. Vid. Nogueira Alcalá, Humberto, “Constitución y tratados internacionales, en *Ius et praxis*, AÑO 2 N° 2, ISSN 0717 – 2877, Universidad de Talca, Talca, Chile, 1997.

- e. Además, el acto de denuncia de la Carta de la OEA al ser un acto dictado en ejercicio del Poder Público que viola y menoscaba los derechos garantizados por la Constitución es nulo (Artículo 25 de la Constitución), y debe ser desconocido al contrariar los valores, principios y garantías democráticos y menoscabar los derechos humanos (Artículo 350 de la Constitución).
  
- f. En el plano prescriptivo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es tributaria de la penetración y paulatina difusión de la jurisprudencia internacional regional y universal sobre derechos humanos, receptora del estándar regional de los derechos humanos reconocidos convencionalmente y en ese sentido acepta sin fisuras y ambages el Derecho internacional de los derechos humanos. Así lo quiso el Poder constituyente, así lo expresó en las normas de apertura del Texto fundamental y así lo dejó plasmado en la Exposición de Motivos<sup>46</sup>. De allí que la denuncia de la Carta de la OEA sea un contrasentido insalvable.

---

46 “Inspirada por las principales tendencias que se han desarrollado en derecho comparado y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Constitución reconoce expresamente el principio de progresividad en la protección de tales derechos, conforme al cual el Estado garantizará a toda persona natural o jurídica, sin discriminación alguna, el respeto, el goce y el ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los mismos.

Se reconocen como fuentes en la protección de los derechos humanos a la Constitución, a los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia, y a las leyes que los desarrollen. Al respecto, con el objeto de reforzar la protección de los referidos derechos se establece que los tratados, pactos y convenciones internacionales en esta materia, suscritos y ratificados por Venezuela, prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las contenidas en la Constitución y en las leyes, siendo sus disposiciones de aplicación directa e inmediata por los tribunales de la República y demás órganos que ejercen el Poder Público. Por ello, en el caso de que un tratado internacional suscrito y ratificado por Venezuela reconozca y garantice un determinado derecho humano, en forma más amplia y favorable que la Constitución, prevalece en todo caso el instrumento internacional y debe ser aplicado en forma preferente, directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado [...].”

- g. Igualmente, la Exposición de Motivos, que integra el texto constitucional y el denominado bloque de constitucionalidad, establece que: “...*la Constitución amplía conceptualmente la protección de los derechos humanos con una marcada influencia ius naturalista, al disponer que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. Por tal motivo se establece que la falta de ley reglamentaria de esos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos. Además, a fin de incluir dentro de tal protección a los derechos inherentes a las personas jurídicas, se elimina la distinción que hacía la Constitución de 1961 y que abarcaba únicamente a los derechos inherentes a la persona humana*”.
- h. Esto es lo que se conoce como cláusula enunciativa o *numero apertus*<sup>47</sup> de los derechos, que tiene relación con la progresividad de los derechos humanos, apunta a principios de interpretación amplios como *pro homine* o *pro personae*, y la superación de las teorías interpretativas del derecho, y su sustitución por la regla sencilla de aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana, independientemente de su origen anterior o posterior, de su generalidad o especialidad, o de su estatus nacional o internacional, que le otorga a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales una dinámica expansiva permanente, en el sentido de ampliación, nunca de regresión o restricción de las posibilidades de tutela de los derechos, máxime el alto grado de indeterminación de muchos conceptos previstos en los tratados sobre derechos humanos. En este contexto, la denuncia de la Carta de la OEA es un acto restrictivo, una regresión en sí misma.

---

47 El artículo 50 de la Constitución de la República de Venezuela (1961) establecía: “*La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos*”.

- i. Así mismo, es un principio implícito derivado de la Constitución, la protección expansiva de los derechos inherentes a la persona, así no figuren expresamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y *a fortiori* la pervivencia y vigor de los derechos consagrados y con ello la imposibilidad de la denuncia de la Carta de la OEA, desde el mismo momento que todos los derechos humanos son universales en tanto que son indivisibles y en cuanto quedan excluidos de la esfera de la disponibilidad, tanto privada como pública, no pudiendo nadie privarse ni tampoco ser privado o menoscabado en los mismos<sup>48</sup>.
- j. De allí el carácter inalienable, la inviolabilidad e inderogabilidad o intangibilidad de la Carta de la OEA, que en el caso venezolano viene expresamente reconocido desde las normas de apertura de la Constitución venezolana de 1999, que impone al Estado la obligación de garantizar “...a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos” (artículos 19 y 23).

## V. El retiro de la OEA viola principios supraconstitucionales y supra-constituyentes

La decisión de denunciar la Carta de la OEA, no solo es inconstitucional, inconvenicional y jurídicamente inválida e ineficaz, sino que vulnera **cláusulas supraconstitucionales** pétreas, inalienables, irrenunciables, permanentes e irreversibles, indisponibles incluso por un eventual poder constituyente, por las siguientes razones:

- 1.1. Reforzando el argumento de la inderogabilidad de los derechos humanos en Venezuela, más concretamente, de la inderogabi-

---

48 Ferrajoli, L. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 1. Teoría del derecho, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alonso Ruiz Miguel Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 720.



lidad del Derecho internacional de los derechos humanos, hay que señalar que al poder constituyente de 1999, a la Asamblea Nacional Constituyente se le impuso unos límites supraconstitucionales. Estos límites fueron impuestos por voluntad popular, de modo que en el cumplimiento de la propia misión que el pueblo le había asignado a la Asamblea Nacional Constituyente en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999, esta no tenía poderes ilimitados, no estaba dotada de poderes absolutos. Por el contrario, en su misión fundamental de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico para hacer efectiva una democracia social y participativa, estaba constreñida por un marco *supraconstitucional* (y *supra-constituyente*) representado por: (i) “los valores y principios de nuestra historia republicana”; (ii) “el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República”; (iii) “el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre”; y (iv) “las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos”.

- 1.2. En efecto, la *Base Comicial Octava* de la Asamblea Nacional Constituyente, fue consultada y aprobada por el pueblo de Venezuela, mediante el referéndum consultivo celebrado el 25 de abril de 1999, en el que el 81.74% de los electores aprobó la convocatoria a una Asamblea Nacional que expresamente dispuso: “teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos que: “Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento”<sup>49</sup>.

---

49 Vid. Resultados oficiales del Consejo Nacional Electoral de dicho referendo en ESDATA, *Referéndum Constituyente de 1999*, disponible en: [http://esdata.info/static/constituyente\\_1999](http://esdata.info/static/constituyente_1999).

- 1.3. La Asamblea Nacional Constituyente sancionó la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual igualmente resultó aprobada por el pueblo mediante el referendo celebrado el 15 de diciembre de 1999, lo que refleja algo más que una simple deferencia del Estado para con el Derecho internacional de los derechos humanos, en fin, recoge nítidamente los valores y principios de los tratados, acuerdos y compromisos sobre derechos humanos y el cumplimiento de las obligaciones de resultado propias del DIDH, lo que incluye la inequívoca aceptación del *Derecho interamericano*, como un *corpus iuris* inderogable, lo que incluye como es obvio la incolumidad de la Carta de la OEA.
- 1.4. Ciertamente, el cumplimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos, como compromisos válidamente suscritos y asumidos por la República, así como el carácter progresivo e inderogable de los derechos fundamentales del hombre, no sólo constituyeron presupuestos jurídicos y políticos votados y asumidos por la voluntad popular y dispuestos como condicionantes del proceso constituyente, sino que **constituyen actualmente y en el futuro presupuestos irreversibles, valores democráticos y republicanos inderogables, cuya conexión con la dignidad humana y el desarrollo integral de la persona humana y, por ende, de los fines colectivos, impiden su provisionalidad y contingencia, y se imponen como cláusulas supraconstitucionales pétreas, inalienables, irrenunciables, permanentes e irreversibles.**

## VI. El retiro de la OEA viola el Derecho Internacional

La decisión de denunciar la Carta de la OEA, no solo es inconstitucional, y jurídicamente inválida e ineficaz, al pretender quebrantar **cláusulas supraconstitucionales pétreas**, sino que **es** inconvenicional, esto es, violatoria del Derecho internacional de los derechos humanos convencional y consuetudinario, por las siguientes razones:

- 1.1. La denuncia de la Carta de la OEA, conjuntamente con la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos vulnera la protección del Derecho internacional de los derechos humanos como objetivo *erga omnes*, desde el momento en que es instrumental y consustancial a la protección de cualquier derecho convencional, o lo que es lo mismo, si no se garantiza el derecho de acceso a la justicia internacional, la tutela judicial internacional y el derecho de ejecución de las sentencias estimatorias, que se articulan en el caso de las Américas principalmente por medio de la jurisdicción interamericana, no se podría gozar de ciertos derechos humanos convencionales, incluso los compromisos derivados del *ius cogens* internacional quedarían ilusorios.
- 1.2 El retiro de la OEA viola así mismo la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados. Concretamente el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, que contempla el principio *Pacta sunt servanda*, según el cual: “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”. Igualmente, el artículo 27 que dispone: ‘El derecho interno y la observancia de los tratados’ según el cual: “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...*”
- 1.3. La Corte Interamericana ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”<sup>50</sup>. En desarrollo de su doctrina jurisprudencial, la Corte IDH ha reiterado este fundamento jurídico en múltiples ocasiones. En el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*<sup>51</sup>, estableció que: [...] [e]n esta misma línea de ideas,

---

50 Cfr. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 35.

51 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154,

esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. En consecuencia, Venezuela no puede alegar un pretendido “derecho” a la soberanía nacional, a la autodeterminación, o a la no interferencia porque se trata de principios internos subordinados bajo cualquier contexto al principio preferente de protección y promoción de los derechos humanos.

- 1.4. Además, los “Principios de Derecho Internacional relativos a la *buena fe* y al *effét utile*, que involucra a su vez al principio *Pacta Sunt Servanda*, constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales, y han sido constantemente reiterados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana en los casos sometidos bajo su competencia, sea en la instancia consultiva, como en casos contenciosos, fundamentando que descansa en un principio general del derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de “buena fe” y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno; lo cual ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”<sup>52</sup>.

## **VII. La denuncia de la Carta de la OEA es inválida e ineficaz**

La decisión de denunciar la Carta de la OEA, no solo es inconstitucional, quebranta las cláusulas *supraconstitucionales pétreas* y es incon-

---

párrs. 124-125.

52 En el Voto Razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en relación con la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, de 26 de noviembre de 2010.

vencional sino que es jurídicamente inválida e ineficaz, por las siguientes razones:

- 1.1. La decisión de denunciar tratados de derechos humanos y en este caso la Carta de la OEA, resulta absolutamente inválida e ineficaz (inexistente) al ser radicalmente incompatible con el núcleo de los derechos humanos básicos, esto es, extremadamente injusta y, por tanto, no es derecho<sup>53</sup>.
- 1.2. Se trata de un acto político que obedece a una obsesión ciega de voluntarismo puro y duro, contrario a la razón y al sentido común, al interés general y al deber de coherencia del ordenamiento constitucional frente a sus obligaciones internacionales, las cuales han sido constitucionalizadas, son norma suprema sobre la producción de normas válidas, jerárquicamente superiores que impiden a los órganos del poder derivado o constituido derogar o modificar este *Derecho*, sobre el que tienen una prohibición general de innovar, según las normas de producción de normas válidas contenida en la propia Constitución y en el *acquis conventionnel* interamericano e internacional.
- 1.3. El retiro de Venezuela de la OEA debe ser declarado ineficaz, al no poder convertirse en derecho positivo debe ceder ante la justicia a causa de su agresión abierta e insoportable con-

---

53 Esta tesis coincide con la famosa fórmula de Radbruch, que ha sido aplicada por los tribunales alemanes al enfrentarse con el derecho nazi y de nuevo, después de 1989, en las decisiones relativas al derecho de la República Democrática Alemana, especialmente en la primera resolución del Tribunal Supremo Federal alemán de los denominados tiradores o guardias fronterizos del Muro de Berlín, de 3 de noviembre de 1992 (Cfr. Alexy, Robert. *La institucionalización de la justicia*, Editorial Comares, Granada, 2005 y *La institucionalización de la justicia*. op. cit., p. 76. Sobre el caso de los tiradores del Muro de Berlín Vid. Alexy, Robert. “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 23, ISSN 0214-8676, 2000, p.p. 197-232.

tra mandatos de justicia de la propia Constitución y contra los derechos humanos protegidos por el Derecho Internacional<sup>54</sup>.

- 1.4. De modo tal que el artículo 143 de la Carta de la OEA, en el marco de la Constitución de Venezuela de 1999 y del *corpus iure* del Derecho internacional de los derechos humanos, debe interpretarse en el sentido de la vigencia indefinida de la Carta de la OEA, siendo su denuncia es un acto de negación insoportable, una antinomia absoluta que significa más que una vulneración grave a la constitucionalidad y convencionalidad vigentes en el país, es el más radical e ilegítimo desconocimiento de las normas que rigen el núcleo de los derechos humanos básicos.
- 1.5. Como advierte Alexy, “si hubiese una respuesta correcta para todas las cuestiones jurídicas y además capaz de ser reconocida por todos los seres humanos, la función principal de todos los sistemas jurídicos quedaría reducida a hacer cumplir lo que ya todos saben que es verdad. Pero esto no es así, y se tienen opiniones diversas sobre cuestiones morales y jurídicas, y se pueden sostener heterogéneas concepciones del bien y opiniones distintas hasta en el plano ideal, y no sólo de hecho sino también racionalmente, pero algunas respuestas son discursivamente necesarias, como aquellas relativas al núcleo de los derechos humanos básicos; otras son discursivamente imposibles, como las que implican la violación de tales derechos”<sup>55</sup>.
- 1.6. En este sentido la denuncia de la Carta de la OEA compromete la vigencia del Derecho internacional de los derechos humanos en Venezuela y sería una inaceptable alteración del orden constitucional. El gobierno venezolano no quiere ser controlado, no quiere recibir observaciones o recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ni gestiones diplomáticas de parte del Consejo Permanente o del Secretario General.

---

54 Cfr. Alexy, Robert. *Derecho injusto...* cit. , pp. 197-232.

55 Alexy, Robert. *La institucionalización de la justicia.* op. cit., 2005, p.83.

- 1.7. El gobierno venezolano pretende con esto evitar el control neutral y objetivo de todos los órganos de la OEA, en frustración de la expectativa legítima de todas las personas que están bajo jurisdicción del Estado y de los demás Estados Parte de que eso ocurra, como expresión de la obligación general de preservar el orden público internacional, a cuyo cumplimiento están atadas las obligaciones destinadas a la promoción y protección de los derechos humanos por parte de los Estados, lo que hace discursivamente imposible la violación de tales derechos.
- 1.8. De modo que el retiro de la OEA amparado en la literalidad del artículo 143 de la Carta de la OEA, y en el pretendido ‘derecho’ a la soberanía del Estado sería un ‘derecho’ extremadamente injusto que constituiría per se el presupuesto de su propia antijuridicidad (Alexy)<sup>56</sup>.
- 1.9. Este control de la OEA muy lejos está de ser injerencia, cuando lo que busca es racionalizar y someter a límites al poder, controlar la legitimidad de ejercicio del poder y en ese sentido darle justificación dinámica al poder, donde la presencia del Derecho es aún más central y decisiva. De allí la normatividad del Derecho internacional de los derechos humanos, que opera como fuente de legitimidad de las formas de actuación del poder al exigir a los Estados, en primer lugar, respetar con carácter preferente los derechos humanos e igualmente establecer garantías específicas frente al abuso del poder, como el control judicial interno y la protección internacional subsidiaria y coadyuvante.
- 1.10. En fin, la denuncia de la Carta de la OEA es el desconocimiento más patente de que los derechos humanos y todos los instrumentos jurídicos que los contemplan, se articulan como obligaciones del Estado, frente al Estado y a pesar del Estado,

---

56 Cfr. Alexy, Robert. *Derecho injusto...*cit., p.228.

o lo que es lo mismo, son inderogables, inviolables e inalienables.

- 1.11. En efecto, la Corte Internacional de Justicia señala que “los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención». «En consecuencia, en una Convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y medida de todas las disposiciones» (Opinión consultiva CID *Recueil* 1955, página 23).
- 1.12. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentido similar estableció que estos instrumentos “no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluido en función de un intercambio recíproco de derechos, sino el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientes de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (Opinión consultiva OC-82. Serie A N<sup>a</sup> 2, párrafo 29).
- 1.13. El gobierno venezolano tiene el deber de asegurar y consolidar la sociedad democrática como modo de preservar las justas exigencias de la democracia, antes que imponer una razón de Estado, de un gobierno que se percibe a sí mismo prepotente y omnisciente, cuando la verdad es que sólo obedece a la experimentación y a la improvisación, con la firme intención de continuar con la imposición ideológica, la patrimonialización



del poder, el clientelismo político y económico, la corrupción y la tolerancia a la delincuencia organizada y a la legitimación de capitales, y el desmantelamiento del Estado y de las instituciones, con la clara vocación autoritaria de perpetuación de un tipo de poder, la desinstitucionalización del Estado y la aniquilación del pluralismo político e ideológico por medio del debilitamiento y desarticulación de la sociedad, de la extenuación de la disidencia, el desencanto colectivo de la política mediante la violencia y el fraude y finalmente, la supresión de la alternancia en el poder.

- 1.14. Afortunadamente, como precisa Bidart Campos “[l]a protección de los derechos humanos configura un principio general del derecho internacional y tiene categoría de *ius cogens*, por lo que la cuestión de los derechos humanos ya no pertenece a la jurisdicción reservada y exclusiva de los Estados, sino que es concurrente o compartida entre el derecho interno y la jurisdicción internacional”<sup>57</sup>
  
- 1.15. De allí que como señala Falk “la conciencia moderna de interdependencia global hace virtualmente imposible la búsqueda de metas humanizantes para la sociedad propia mientras se ignoran los sufrimientos extremos de otras. Por el bien de nuestra propia autoestima y dignidad, la preocupación por los derechos humanos es un elemento del reconocimiento de la unidad de la raza humana”<sup>58</sup>; un reconocimiento que se ha ido “concretando y precisando a través de la historia, hasta constituir un testimonio del progreso de la conciencia moral de la

---

57 Bidart Campos, Germán. “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Volumen I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, C.R., 1998, p. 449.

58 Falk, Richard. *Human rights and state sovereignty*, Holmes and Meier Publisher, segunda reimpresión, Nueva York, 1983, p. 156.

humanidad”<sup>59</sup>, y que sigue exigiendo un profundo cambio de mentalidad y de conciencia para comprender la unicidad de la humanidad “...que tiene, efectivamente, una serie de valores y creencias comunes –mucho más comunes de lo que se pensaba– sobre el orden, la justicia y el derecho, la libertad, la caridad y la honradez, y que es cada día más capaz de pensar y reaccionar en función de esa humanidad como un todo, por encima de chauvinismos o de nacionalismos trasnochados...los cuales, ciertamente, no han desaparecido del todo...”<sup>60</sup>.

---

59 Pacheco Gómez, Máximo. “El concepto de derechos fundamentales de la persona humana”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Volumen I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, C.R, 1998, p. 46.

60 Piza Escalante, Rodolfo E. “El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos - el ejemplo de Costa Rica”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Volumen I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, C.R, 1998, p. 175.

# Los Derechos Humanos como respuesta a la desconfianza en el Estado

*Ricardo F. Rosales Roa*

## **Sumario**

- I. Los Derechos Humanos y el Estado
- II. Conclusiones: Los Derechos Humanos responden a la desconfianza en el Estado
- III. Fuentes

*El hombre tiene que establecer un final para la guerra.  
Sino, ésta establecerá un fin para la humanidad.*

John Fitzgerald Kennedy



## I. Los Derechos Humanos y el Estado

Un reconocido poeta francés, Paul Ambroise Valéry, alguna vez expresó que la guerra es una masacre entre personas que no se conocen, para provecho de personas que sí se conocen y que sin embargo no se masacran. Es lo que ocurre cuando los que se convierten en jefes de guerra son las ideologías: sus soldados –las personas– se asesinan entre sí, mientras que aquéllas perduran y se revigorizan ordenando a matar a más de sus soldados.

Las ideologías en el poder son sublimes instrumentos de dominación si el hombre las toma irreflexivamente. Los nazistas no cuestionaron, o al menos no detuvieron, el legado de su ideología que condicionó la calidad de sujeto de derecho a la pertenencia a una determinada raza, la ariana pura, y esto explica –no justifica– que en su nombre se hayan exterminado a cuanto judíos, gitanos, homosexuales, y sujetos diferentes existieran, pues no eran considerados como personas en su acepción actual. Esta operación se centró en una versión utilitarista de la sociedad, en la cual la opresión, según Santiago Nino, suele manifestarse en “la práctica de muchos de utilizar a sus congéneres como otro tipo de recursos, sea para asegurar su propio bienestar, sea para materializar una visión peculiar del bien absoluto”<sup>1</sup>.

Por fortuna, el episodio más sanguinario de la historia de la humanidad enseñó a no cuestionar más a las personas, sino a las ideologías que las asaltan, sin perder de vista a las que operan subrepticamente en el poder del Estado. Fundó la convicción racional de sepultar cualquier intento de guerra entre los hombres y de luchar arduamente en el campo de las ideas como el camino a la búsqueda de la liberación y autonomía definitivas de las personas. Era el momento en que los individuos asu-

---

1 Nino, Carlos S. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Segunda edición ampliada y revisada. Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1989, pp. 1-2, citado por, Nikken, Pedro. *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y la pobreza*. [Texto en línea]. Disponible: <http://www.oda-alc.org/documentos/1362509364.pdf> [Consultado: 2015, septiembre]

mieran otro tipo de guerra, en el cual las ideologías fueran sus mejores soldados, para eliminar de la faz de la tierra la miseria, el hambre y la explotación humana, y como presupuesto de este desiderátum, debía construirse un orden internacional que amparara a todo ser humano de próximas manipulaciones, *ya que el Estado oprime*. Como diría Nikken, “la magnitud del genocidio puso en evidencia que el ejercicio del poder público representa un peligro para la dignidad humana, de modo que su control no puede ser prerrogativa excluyente de la instituciones domésticas, sino que deben constituirse instancias internacionales para su salvaguarda”<sup>2</sup>.

La entidad del cambio a implementar, sin generar desconfianzas o radicalismos entre Estados provenientes de la Segunda Guerra Mundial, pasaba por comprender y reenfocar con cautela el escenario actual del Derecho Internacional y las conquistas de occidente.

En la historia constitucional del mundo occidental ya se había capitalizado el concepto de libertades públicas por obra de las revoluciones norteamericana y francesa, que dieron lugar a los pactos conocidos como la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, respectivamente. En cambio, el Derecho Internacional Clásico nunca se ocupó de la relación Estados-nacionales<sup>3</sup>. Apenas las tímidas manifestaciones de protección que en su marco aparecieron respondían a la concepción del Estado como un fin, y de los individuos como su instrumento de realización. La lógica estatal bajo el Derecho Internacional Clásico sugería atender a los diplomáticos sólo porque las ofensas contra él torcían las relaciones internacionales de los Estados, valorar a los extranjeros en sus propiedades en aras de conservar el comercio entre los Estados, o hacer suya la

---

2 Nikken, Pedro, obra citada, nota 1. En este sentido, véase también: Nikken, Pedro. *El concepto de derechos humanos*. [Texto en línea]. Disponible: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-concepto-de-derechos-humanos.pdf> [Consultado: 2015, septiembre].

3 Pinto, Mónica. *El Derecho Internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, capítulo 4: los derechos humanos. Primera edición. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004, pp. 89 y ss.

reclamación de un nacional afectado en otro Estado, si ésta convenía en la agenda política del Estado discrecional<sup>4</sup>.

transformación dogmática, precisamente, consistía en redimensionar los alcances del Derecho Internacional Clásico a partir de las instituciones normativas de Occidente, aunque con ciertas particularidades. El concepto de libertades públicas concebido como principios de acción política que inspiran cierto orden y relación entre gobernantes y gobernados, con sus correlativas garantías de separación de poderes e imperio de la ley, habían sido desnaturalizados por la ideología nazi sin que el Derecho Internacional pudiera dirigir ningún esfuerzo, *so pretexto* de violentar la concepción tradicional de soberanía. El núcleo del problema, entonces, era la concepción reinante de soberanía como sustento del Estado.

El punto de partida de este ideal revolucionario fue el de postular a la persona no solo como límite y fundamento de la acción del Estado, lo cual no añadía nada diferente al *status quo* hasta la era nazi, sino que fundamentalmente fuera capaz de trascender su soberanía y ubicarse en el centro de preocupación de la comunidad internacional, con el carácter de un verdadero *Sujeto de Derecho Internacional*, como nunca antes reconocido por el Derecho.

La persona como sujeto de Derecho Internacional estaría al principio y final de un pacto social emergente. La heterogeneidad de las condiciones internas de los Estados, y de las ideologías existentes, no menos disimiles y algunas hasta incompatibles entre sí, lejos de impedir, permitieron instituir este nuevo pacto, contentivo de una doctrina *sui génesis*. El pacto instaurado sería especialísimo porque bajo su normativa los Estados reservarían soberanía para defender las características de sus sistemas internos, pero la cederían en términos de reconocer y proteger la efectividad de unos derechos inherentes a la persona por el sólo hecho

---

4 Henkin, Louis. *International Law: Politics and Values*, capítulo x: States values and other values: Human rights. Primera edición. Springer, New York, 1995, pp. 69 y ss.

de nacer, admitiendo la posibilidad de una tutela internacional si éstos no eran plenamente satisfechos por el Estado denunciado como infractor del pacto en cuestión.

Así nació el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, cuyo objeto de estudio son los derechos inmanentes a la persona, o derechos humanos en sentido técnico-jurídico, los cuales se corresponden con la doctrina de la protección internacional<sup>5</sup>, y en sentido más amplio, tal como refiere Pinto, los mismos designan *una noción cualitativamente nueva*, en tanto universalizan su titularidad entre todos los seres humanos, en condiciones de igualdad y sin discriminación, y crean la noción de obligación-responsabilidad internacional del Estado<sup>6</sup>. De ahí que sea erróneo concluir que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reproduzca la imagen o ideas de instituciones antiguas: es un Derecho original.

La irrupción de este paradigma en la sociedad contemporánea se produjo con la entrada en vigor de la Carta de las Organización de Naciones Unidas – “Carta” “Carta de la ONU”–, el 24 octubre de 1945. Desde su preámbulo, la Carta anticipaba el interés interestatal de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”, para luego establecer en su artículo 56 que “todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55”, entre los cuales, según el artículo 55.C, figura la promoción “*del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades*”<sup>7</sup>. Es claro, pues, que se debe a un tratado, como la Carta de

---

5 Faúndez, Hector. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Introducción. Tercera edición revisada, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004, pp. 1-3.

6 Pinto, Mónica, obra citada, nota 3, pp. 91-92.

7 La Carta de la Organización de Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Orga-



la ONU, el haber determinado con fuerza convencional la universalidad, efectividad y adopción de cualesquiera medidas como principio para asegurar el goce de los derechos humanos y libertades. (Subrayado propio).

Pero la historia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos comenzaría a desplegarse tres años después. Luego de dos intensos años en que la Comisión de Derechos Humanos llevó a cabo el proceso de su deliberación y elaboración, finalmente el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos –“Declaración” o “Declaración Universal”–, que sumó 48 votos a favor, 8 abstenciones por parte de los países aliados a la antigua Unión Soviética, y *ningún voto en contra*. Con estas virtudes la Declaración positivizó “el derecho a tener derechos”<sup>8</sup>, internacionalizando el reconocimiento y aprobación de un conjunto de derechos básicos, anteriores y superiores al Estado, puesto que, como defiende Casal, “pareciera que su fundamentación, si bien discurre comúnmente por los causes del consenso, se antepone al mismo, y se remonta a ciertos principios éticos-jurídicos permanentes y no inmutables”<sup>9</sup>, consustanciales a la existencia de la dignidad humana.

La Declaración ostentó tal significación que no sólo ningún Estado se atrevió a negarla, sino que en esencia reunió un consenso calificado entre los bloques capitalista y socialista de la Guerra Fría. No es ésta una afirmación irrelevante, ni un hecho fácilmente soslayable. La Declaración pasó a ser el primer referente universal de la humanidad en materia de derechos humanos, como un documento *intercultural* porque, a pesar de las disputas ideológicas, consiguió el resultado de un equilibrio entre

---

nización Internacional. [Texto en línea] Disponible. <http://www.un.org/es/documents/charter/index.shtml>. [Consultado: 2015, septiembre].

8 Lafer, Celso. “Bobbio y el Holocausto. Un capítulo de su reflexión sobre los derechos humanos: el texto *Quindici anni dopo* y sus desdoblamientos”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28. Universidad de Alicante, 2005, p. 83.

9 Casal, Jesús María. *Los Derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, capítulo octavo: algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en la democracia. Segunda Edición Corregida y Aumentada, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p. 187.

las partes, probándolo al incorporar en un mismo documento disposiciones sobre derechos civiles y políticos, defendidos por los capitalistas u occidentalistas, y derechos económicos, sociales y culturales, por los socialistas u orientalistas. De modo tal que no es preciso afirmar que existió un triunfo de uno u otro bando en particular, más bien, en términos de Canesse, la Declaración simboliza “una victoria –no total, ciertamente– de la humanidad entera”<sup>10</sup>.

Rechazada la tesis de que la Declaración Universal de Derechos Humanos fuera la imposición de una ideología o cultura sobre otra, igual las críticas no se hicieron esperar. No puede negarse que países no occidentales o que se encontraban bajo régimen colonial especialmente en la África Subsahariana, no gozaron de representación en Naciones Unidas para discutir y aprobar la Declaración Universal en 1948, y que la mayoría de los derechos proclamados “universalmente” aparecieron en Europa y parte de América y no en otros sitios del mundo, por lo que apenas son el reflejo de una cultura específica: la occidental<sup>11</sup>.

Dos consideraciones de capital importancia cabría tener presentes a la hora de señalar que los derechos humanos obedecen al desarrollo de una cultura determinada. En primer lugar, la consistencia de esta crítica queda en entredicho si se toma en cuenta que a través del tiempo la aspiración de universalidad de la Declaración ha sido aupada por la mayoría de las naciones ausentes en el proceso de su creación, a una fuerza como para constituirse en el fundamento jurídico actual de cualquier régimen nacional que procura ganar confianza y legitimidad internacionales. Una prueba concluyente de que los derechos humanos sean tan poderosos en términos de consenso internacional es que hasta los dictadores necesitan valerse de ellos para encubrir sus objetivos personalistas, cualquiera que sea su orientación.

---

10 Cassese, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Ariel. Barcelona, 1991, p.53.

11 Villán Durán, Carlos. “La Declaración Universal de Derechos Humanos en la práctica desarrollada por los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas”, en *La Declaración Universal de Derechos Humanos: comentario artículo por artículo*, Editorial Icaria, Barcelona, 1998, pp. 79 y ss.

Como expresara Glendon, circunstancias conexas apoyan la contundencia de esta aseveración. “Varias referencias a la Declaración surgieron con la independencia de 19 países asiáticos y africanos. En adición, se ha calculado que la Declaración ha inspirado o ayudado como un modelo de disposiciones de derechos de cerca de 90 constituciones en el mundo –o más–, y en el año 1993, “como un hito de transnacionalidad y transcivilización”<sup>12</sup>, a juicio de Yasuaki, representantes de 171 países de la Conferencia Mundial de Viena –más del 90% de la humanidad del momento–, ratificaron por consenso su compromiso a los propósitos y principios contenidos en la Carta de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos”<sup>13</sup>. Todo sin mencionar la inclusión de los derechos humanos en la palestra de la agenda pública global, la articulación de la sociedad civil en pro de su discurso y acción, el uso creciente y diversificado de mecanismos internacionales de protección, el diálogo progresivo entre las instituciones domésticas e internacionales, el estadio de la conciencia ética mundial alcanzado, y múltiples ventajas que dan cuenta de una aceptación global –así sea tácita– de estos derechos. De manera que es contradictoria la posibilidad de predicar derechos humanos, rechazando al mismo tiempo su fuerza obligatoria, aspiración de universalidad y demás caracteres que le son intrínsecos.

En segundo lugar, se sostiene que por su origen “occidental” la Declaración está calificada como un instrumento dotado de una visión extremadamente secular. En realidad, esto sería un abono más a la incomprensión de la base normativa-filosófica de los derechos humanos: de su supuesto origen “occidental” nunca se infiere que éstos sean un producto cultural. Los derechos humanos son valores, no productos, en

---

12 Yasuaki, Onuma. *A Transcivilizational Perspective on International Law*, capítulo V: Human Rights in a multi-polar and multicivilizational world. Coll, Pocket-books of the Hague Academy of International Law, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 434 y ss.

13 Glendon, Mary Ann. *A world made new: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, capítulo 12: Universality under siege. Primera Edición, Random House, Estados Unidos de América, 2002, p. 148.

tanto “los verdaderos valores desafían a las culturas precisamente porque albergan en sí mismos una dimensión transcultural”<sup>14</sup>.

Esta categorización como “valores” debe asimilarse con rigor. En puridad técnica los derechos humanos no están para desafiar a las culturas, sino a las diversas manifestaciones, actitudes y orientaciones represivas, o bien incompatibles con los enfoques contemporáneos de igualdad y libertad, que eventualmente podrían practicarse en su seno. El ideal de derechos humanos perseguiría, con su vocación emancipadora, no la coexistencia de la infinidad de espacios culturales con arreglo a la otrora idea de la tolerancia y libertad individual<sup>15</sup>, pues ello sería una suerte de “universalización del relativismo” con los riesgos que sugiere, sino el hacer comunicar a las culturas para una sana convivencia. La razón de este cruce cultural saltaría a la vista: así como cada cultura tiene mucho que aportar a la dignidad humana, desde diferentes enfoques legítimos, no menos aspectos le son reprochables desde el punto de vista moral<sup>16</sup>, todo lo cual sólo es factible reconocer en el marco de un diálogo permanente, y por tanto, bidireccional, constante y sin dogmas que únicamente permite, a diferencia de las demás doctrinas conocidas, la relativa a los derechos humanos. Sólo así se puede entender e introducir reformas a prácticas perniciosas.

Infinidad de ejemplos en el mundo sostienen la virtud de los derechos humanos como valores transculturales de la humanidad. Por su universalidad y su corolario el derecho a vivir en diversidad siendo libres

---

14 Pedro Talavera Fernández, “Diálogo intercultural y universalidad de los derechos humanos”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, edición n° 28, 2011, p. 20.

15 La antigua idea de tolerancia y respeto a los credos individuales, sin cruce de ideales, presenta varios antecedentes tanto en la cultura europea como en la asiática. Para más detalles: Amartya Sen, *Human Rights and Asian Values*, Sixteenth Morgenthau Memorial Lecture on Ethics & Foreign Policy, New York, 1997.

16 Miguel Giusti, *Los Derechos Humanos en un contexto intercultural*, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, Ciencia y la Cultura, [Texto en línea]. Disponible: <http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/Miguel%20Giusti.pdf> [Consultado: 2015, octubre].

e iguales, los derechos humanos han logrado promover una comprensión intercultural de la propiedad, internacionalizando la propiedad comunitaria de la población indígena, con lo cual no buscan una imposición cultural occidental, sino, antes bien, una adaptación jurídica a sus postulados. En sentido análogo, los derechos humanos han combatido coherentemente la exclusión de la mujer del derecho al voto y los espacios políticos, y la violencia doméstica que aún sufre, entre otras arbitrariedades, porque son prácticas, por cierto profundamente occidentales, pero que en particular son inadmisibles en los valores de derechos humanos y por encima del mero orden jurídico. Asimismo, en una cultura no “occidental”, por ejemplo en China el gobierno ha frenado la pena de muerte, abolió la reeducación a través del trabajo, adoptó la liberalización de la política de un solo hijo y comenzó los esfuerzos por limitar el uso de la tortura en las confesiones<sup>17</sup>, entre otras medidas, ya no más para su cultura, *sino ahora para las personas que en ellas hacen vida.*

Cualquier acción que afecte la capacidad de vida propia (libre e igual) de todas las personas sin distinciones, autoriza a los derechos humanos a cuestionar, en el contexto de la cultura africana, las lapidaciones, mutilaciones y demás agresiones patriarcales; en el caso asiático en general, las restricciones a los derechos políticos, a la propiedad, a la igualdad, a la familia; así como, en el caso occidental, los problemas de género, pobreza y desigualdades estructurales que existen. Y es que *“las fronteras entre los grupos étnicos, sociales, etc, se cruzan gradualmente por la revuelta de las víctimas. De hecho, en cualquier lugar, sea cual sea el grado de alfabetización o pertenencia a alguna fe, la víctima está consciente de su situación.* La percepción de la violación de la dignidad humana y la libertad no requiere sofisticados modelos de análisis. Ella es la génesis de lo que se llama los derechos humanos y para ser tal, ¡debe tener en cuenta todas las diferencias!”<sup>18</sup> (Subrayado personal).

---

17 Kenneth Roth, “Have Human Rights Treaties Failed?”, *The New York Times*, The Opinion Pages Room For Debate. [Texto en línea]. Disponible: <http://www.nytimes.com/roomfordebate/2014/12/28/have-human-rights-treaties-failed> [Consultado: 2015, octubre].

18 Mónica Pinto, “Légitimer la Diversité”, *Revue ASPECTS*, n°1, 2008, pág. 19.

Los derechos humanos son valores transculturales, en suma, porque no tienen que ver con quién, de dónde o por qué, sino con qué es lo ajustable en cada caso a la dignidad humana.

Así pues, no hay lugar a dudas que incluso con una eventual impronta de Occidente, y aceptando –no sin entera resistencia– que en su etapa primigenia haya proclamado una “Declaración Occidental de Derechos Humanos”, hoy en día ningún argumento serio podría refutar la existencia de una *Declaración Universal de Derechos Humanos*, y, como se verá, de un cuerpo de derechos humanos universales, aplicable a todos los Estados sin excepción ni disparidades. Mejor lo sintetizaría Canesse: “la Declaración, pese a todos sus puntos débiles, ha tenido, por tanto, la fuerza de arrastre de los grandes textos políticos o religiosos. *Ha erosionado, poco a poco, las diversas resistencias de los Estados que inicialmente no la reconocían y los ha implicado en el aspecto ético-político.* Vale decir que, si bien al principio la aprobación de la Declaración significó sobre todo una victoria de Occidente, a la larga toda la comunidad mundial ha resultado vencedora porque se ha dado a sí misma un «código de conducta» válido para todos”<sup>19</sup> (Subrayado personal).

Si bien los Estados formalizaron el valor político que se otorgaría a la Declaración, –como “declaración” al fin– desde el punto de vista sustantivo no lucía del todo convincente que se hubiera creado un instrumento de derechos que careciera en forma categórica de cualquier trascendencia jurídica, o que se ciñera estrictamente a un valor simbólico o aspiracional.

En defecto de las formalidades de un tratado, la Declaración mal podía revestir obligatoriedad al tiempo de su adopción; no obstante, llama la atención que desde su preámbulo la Declaración haya advertido la necesidad de que “los derechos humanos sean protegidos por un *régimen de Derecho*, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”, lo cual es complementado por el artículo 28 en el sentido de que “toda persona tiene dere-

---

19 Cassese, Antonio, obra citada, nota 10, p. 54.

cho a que se establezca un *orden social internacional* en el que los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”<sup>20</sup>. En rigor, estas disposiciones distaban de producir efectos meramente políticos. Su contenido asoció la vigencia de los derechos humanos al concepto de Estado de Derecho y tutela judicial internacional, con lo cual marcan el inicio del *proceso de juridificación de los derechos humanos*, esto es, su tratamiento como verdaderos bienes jurídicos, cuya lesión por parte del Estado debe ser considerada un hecho internacionalmente ilícito, capaz de comprometer su responsabilidad internacional y no sólo de la persona que la ejecuta directamente<sup>21</sup>(Subrayado propio).

Una segunda fase atravesaría la Declaración Universal con su carácter vinculante sobrevenido, como consecuencia directa de su incorporación implícita en la Carta de la ONU. Siguiendo a Nikken, la Carta de la ONU en su artículo 55.C plasmó en términos genéricos la idea de universalidad, efectividad y adopción de medidas en cuanto a derechos humanos se refiere, y es principio que las cláusulas cuyo sentido y alcance no han sido definidos, están sujetas a interpretación evolutiva de acuerdo con el significado que se les deba atribuir a la fecha de la interpretación, y no ya a la fecha en que fueron concebidas.

La actividad de Naciones Unidas en el ámbito de derechos humanos, con arreglo al mandato de la Carta de la ONU, ha invocado recurrentemente a la Declaración Universal de Derechos Humanos, evidenciándose

---

20 La versión definitiva de la Declaración Universal fue redactada por René Cassin. Este proyecto de Declaración se remitió a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas para que formularan observaciones, proceso que se conoció como el borrador de Ginebra, el cual sería firmado posteriormente por los Estados. En un momento en que el mundo estaba dividido en un bloque oriental y otro occidental, encontrar un terreno común en cuanto a lo que sería la esencia del documento resultó ser una tarea colosal, según narra textualmente los antecedentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos. [Texto en línea] Disponible: <http://www.un.org/es/documents/udhr/> [Consultado: 2015, septiembre].

21 Nikken, Pedro. “La pobreza en la perspectiva de los derechos humanos y la democracia”, en *Quién responde por los derechos humanos de las poblaciones más pobres de América Latina y El Caribe, Democracia vs Desigualdad*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2012, San José, p. 162.

en los foros internacionales celebrados, los preámbulos de los tratados, la fundamentación de las resoluciones y el cúmulo de normativas que dicta, además de motivar la actuación de cada uno de sus órganos y dependencias. Luego una interpretación evolutiva lleva a concluir que no tiene sentido que la Carta de la ONU, al establecer el contenido actual de sus disposiciones sobre derechos humanos, lo realice en un alcance más restringido del que prevé la Declaración Universal<sup>22</sup>, De esta forma la Declaración se incorporó a las disposiciones de derechos humanos de la Carta de la ONU, siendo su interpretación auténtica, y cobró por efecto fuerza obligatoria.

Más allá de estas circunstancias formales, lo cierto es que desde su adopción, la Declaración Universal brindó el soporte valorativo mínimo al *concepto contemporáneo de derechos humanos*, enraizándolo en las notas de universalidad, indivisibilidad e interdependencia<sup>23</sup>, que recogen la afirmación de que todos los derechos humanos son dignos para todas las personas en todas partes del mundo, y por ende, unos no pueden ser jerarquizados ni desconocidos sin que se afecte a los otros. Reviste importancia medular este acontecimiento porque con este mismo concepto los derechos humanos serían constantemente entendidos a lo largo de las normativas internacionales subsiguientes.

El antecedente que abre camino a este concepto contemporáneo se registra el 13 de mayo de 1968 en el marco de la primera Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos que finalizó con la adopción de la Proclamación de Teherán. Este documento en alguna medida es subestimado considerando que a la fecha continuaba la Guerra Fría, el colonialismo contra los países del tercer mundo, y la preocupación fundamental se había trasladado a la erradicación del *apartheid* imperante.

---

22 Nikken, Pedro. *La Protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*. Capítulo VI: El valor sobrevenido de las declaraciones, Primera Edición, Civitas, Madrid, 1987, pp. 269-271.

23 Piovesan, Flavia. "Derechos Sociales, Económicos y Culturales y Derechos Civiles y Políticos". *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año I, Número 1, 1 de septiembre 2004. [Texto en línea] Disponible: [http://www.scielo.br/pdf/sur/v1n1/es\\_a03v1n1.pdf](http://www.scielo.br/pdf/sur/v1n1/es_a03v1n1.pdf) [Consultado: 2015, septiembre]



Sin embargo, a la Proclamación se le atribuye el mérito de haber consagrado que: “la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la *declara obligatoria para la comunidad internacional*”<sup>24</sup>. Tras veinte años del nacimiento de la Declaración, si no se reconocieron mayores progresos sustanciales, sí ocurrió en 1968 un pronunciamiento de 120 Estados defendiendo la obligatoriedad de la Declaración, lo que de forma inevitable aparejaba aferrarse a la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, como caracteres inescindibles de un concepto fielmente asumido. (Subrayado propio).

El 25 de junio de 1993, se produjo la encarnación de la voluntad internacional de la manera más legítima y completa, con motivo de la aprobación de 171 Estados de la Declaración y Programa de Acción de Viena –“Declaración de Viena”–, superando por 3 votos el consenso actual de los 168 Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ahora conviene realizar una pausa para comprender la naturaleza de este acuerdo.

En la Declaración de Viena se había logrado allanar el camino, por cuanto los esfuerzos organizados contra la dominación de las potencias extranjeras facilitaron que naciones de África ingresaran al Sistema de Naciones Unidas, ampliando la democratización de las deliberaciones y decisiones en el seno de la comunidad internacional, y proporcionando al evento una oportunidad única al estimarse que sería la primera congregación de los Estados, Naciones Unidas y múltiples sectores de la sociedad civil tras la caída del Muro de Berlín, y fin de la Guerra Fría, lo cual signaba su “transnacionalidad y transcivilización”<sup>25</sup>.

---

24 Párrafo segundo de la Proclamación de Teherán del 13 de mayo de 1968. [Texto en línea] Disponible: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1290> [Consultado: 2015, septiembre].

25 Yasuaki, Onuma, obra citada, nota 12, pp. 434 y ss.

Aun así la Declaración de Viena concentró este grado de legitimidad internacional por una jugada política interesante. Salvioli señala que los Estados prometieron no hacer de la Conferencia un escenario para tomar decisiones particulares de ningún país, pero el Estado Islámico condicionó la aprobación del documento final a un acuerdo que condenara la situación de Bosnia Herzegovina, –Guerra de Ex Yugoslavia–, el cual terminó adoptándose en rechazo de la limpieza étnica y crímenes de guerra cometidos. Otro acuerdo se estipuló a solicitud de la Unión Africana, a favor del restablecimiento efectivo de la paz en Angola<sup>26</sup>.

A efectos del Derecho Internacional no fue ilegítima esta conducta entre los Estados, máxime si logró pronunciamientos sobre derechos humanos. Antes bien, esta moneda de cambio viabilizó un compromiso de alta envergadura en el cual 171 Estados se sometieron a la Declaración de Viena para robustecer a máxima escala el concepto contemporáneo de derechos humanos, al declararse: “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”, y reiterando la supremacía de estos derechos, los Estados también sentenciaron en el mismo documento que “debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, *pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales*”<sup>27</sup> (Subrayado propio).

Resulta innegable que la Declaración de Viena pasó a la posteridad con una perspectiva garantista inmejorable: los derechos humanos, al ser

---

26 Salvioli, Fabián. “La Conferencia de Viena de las Naciones Unidas: esperanzas y frustraciones en materia de derechos humanos”, en: *Direitos Humanos, a promessa do século XXI*; ed. Universidade Portucalense, pp. 19-37; Oporto, Portugal, 1996. [Texto en línea] Disponible: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-conferencia-de-viena-de-las-naciones-unidas-esperanzas-y-frustraciones-en-materia-de-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf> [Consultado: 2015, septiembre].

27 Párrafo Quinto de la Declaración de Viena del 25 de junio de 1993. [Texto en línea] Disponible: [http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_booklet\\_Spanish.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf) [Consultado: 2015, septiembre].

correlativos de verdaderas obligaciones internacionales, no pueden ser desprotegidos invocando diferencias culturales, u otras consideraciones de orden doméstico, como lo exigiría, por ejemplo, la norma del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual no hace más que recoger la afirmación de que un Estado no puede desobligarse unilateralmente<sup>28</sup>.

Estas dos grandes conferencias internacionales expresarían una contundente muestra de un Estado cada vez más identificado con los derechos humanos, al punto de que éstos decidirían diversificar, y con ello reforzar, la protección convencional de los derechos humanos ya iniciada en 1976 con la entrada en vigor de los Pactos de Naciones Unidas.

Como consecuencia de esta adhesión a los derechos humanos surge la iniciativa de un esfuerzo superior en materia de protección internacional, que serviría para desacreditar al argumento –en apariencia inagotable– relativo al carácter poético, ambiguo y/o colonial de los derechos humanos, mediante la especificación no sólo de las diversas disposiciones materiales de derechos, sino especialmente con la creación de varios órganos internacionales de supervisión encargados de diferentes mecanismos de tutela, entre los que figuran, especialmente en el ámbito interamericano, los informes periódicos, las visitas *in loco*, las audiencias temáticas o de casos, las medidas cautelares, la presentación de denuncias individuales, acompañados de la creación de relatorías y comunicados. Este mecanismo de tutela se caracteriza por judicializar principios de derechos humanos que con anterioridad habían sido adoptados por los Estados. Se trata, pues, del advenimiento de las convenciones sobre derechos humanos, que aportarían un mensaje de no retorno a la sobe-

---

28 El artículo 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, adoptada el 23 de mayo de 1969, establece: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”, artículo que remite al régimen de nulidad de los tratados. [Texto en línea] Disponible: <http://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf> [Consultado: 2015, septiembre].

ranía tradicional, de cara a la *justiciabilidad internacional efectiva de estos derechos*.

En esta línea de pensamiento no impresionaría decir que los derechos humanos, en el curso de su espíritu emancipador, sumaron velozmente la fuerza de un amplio *corpus iuris*, entre instrumentos jurídicos y políticos variados, aunque proliferando en primer término los tratados, universales y regionales, cuyo objeto principal o secundario fuera su garantía internacional, generales o especiales en razón de la persona o materia a tratar, y todo ellos con sus singulares fortalezas y circunstancias de origen, aportan una visión de conjunto que desnuda un respaldo inconmensurable al concepto contemporáneo de derechos humanos para Naciones Unidas, y a favor de su tendencia globalizadora, teniendo por norte los caracteres de universalidad, interdependencia e indivisibilidad reconocidos. En 1976 cuando entraron en vigor los principales pactos de Naciones Unidas, este fenómeno era incipiente; en la actualidad, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afianza este concepto de derechos con el voto de 168 Estados, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace lo propio con el aval de 164 Estados.

También es señal de una fuerza incontenible que este enfoque de derechos se haya extendido a la Convención contra la Tortura, con 157 Estados; la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, con 177 Estados; la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, con 188 Estados, la Convención sobre los Derechos del Niño, casi por unanimidad, salvo por Estados Unidos y Somalia, y al resto de los tratados<sup>29</sup>. A juicio de Ayala Corao, la cuestión es que todos los Estados miembros de la ONU han ratificado al menos uno de los principales tratados sobre derechos humanos, y el 80% de aquéllos han ratificado cuatro o más tratados. Los Estados han venido a formar parte de los nueve principales tratados independientes, interrela-

---

29 El estado de ratificación de los tratados de derechos humanos de la ONU, puede seguirse en: [https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?chapter=4&src=treaty&mtdsg\\_no=iv-4&lang=en](https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?chapter=4&src=treaty&mtdsg_no=iv-4&lang=en) [Consultado: 2015, septiembre].

cionados y mutuamente complementarios, y el propósito no es otro que para hacer cumplir los derechos humanos<sup>30</sup>.

## II. Conclusiones: Los Derechos Humanos responden a la desconfianza en el Estado

Es en la base de un desarrollo normativo como el que precede donde ocurre la mutación de la dimensión axiológica del Derecho Positivo. Por más que se intente omitir con etiquetas o más soberanía, los Estados decidieron de modo espontáneo ajustar su Derecho Interno –con todas sus normas, prácticas y dificultades culturales, religiosas y económicas– a un propósito superior basado en la tutela de la libertad e igualdad compartida por las naciones civilizadas y ahora sólo factibles con el respeto y garantía del orden de derechos humanos, un orden de valores transculturales para afrontar las injusticias del mundo contemporáneo.

Por este compromiso prácticamente unánime con los derechos humanos, los Estados pasaron de “la concepción “hobbesiana” de soberanía centrada en su propio poderío, a una concepción “kantiana” de soberanía centrada en la ciudadanía universal<sup>31</sup>. Fueron los Estados, de nuevo, los que sustituyeron su enfoque de los objetivos internos por el enfoque del cumplimiento de los valores e intereses propios de la persona –concretados en los derechos humanos–, y esto implica entender, nada menos, que el ser humano tiene una individualidad e importancia *per se*, separada de su cultura, religión y otras construcciones sociales, que no justifican la dignidad humana, y ni siquiera logran explicarla, sino que apenas representan su complemento fundamental al proporcionarle todo un universo de contenido que la persona debe tener a disposición para idear y fundar su *propia identidad*.

---

30 Ayala Corao, Carlos. “La Mundialización de los Derechos Humanos”, en *La Mundialización del Derecho*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, p. 104; y en más recientemente: Ayala Corao, Carlos. *El Comité de Derechos Humanos de la ONU: La admisión de los casos decididos por otros órganos internacionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos No. 106, Caracas, 2014, p. 18.

31 Piovesan, Flavia, obra citada, nota 18.

La necesaria división entre las construcciones sociales y la persona, marca una victoria indiscutible para la doctrina de los derechos humanos. Una realidad anterior a cualquier caracterización social de la persona, es que ella nace libre e igual a las demás. No nace discriminada u oprimida; la persona se hace así, por acción del hombre, y muchas veces por su cultura, religión o estatus económico. Esta sumisión del ser humano es la mayor prueba de que la libertad sin igualdad es sólo la libertad de unos pocos, y la igualdad sin libertad condena la libertad de todos. Los derechos humanos procurarían así que todas las personas sean libres e iguales, al edificar su teoría en esa naturaleza compartida por cada hombre, mujer, y niño en la tierra, hallada en la dignidad humana, y con la cual lo religioso, económico, nacional, cultural y otras diferencias se trasladan a su propia perspectiva<sup>32</sup>.

El rescate de la persona sobre la base de una libertad e igualdad común obedece a un mérito exclusivo de las sociedades. La aseveración se explica en que históricamente los derechos de las personas nunca han existido al amparo de la ley, sino luchando en contra de la ley<sup>33</sup>.

Precisamente, tras perseverar en un camino largo y tortuoso –lejos de culminar–, fueron las sociedades las que consiguieron forzar al Estado para teorizar los derechos humanos desde una perspectiva internacional, considerando que la ley suele violentar su papel garantista, y lo lograron a tenor reforzado, al ubicar estos derechos en una categoría jurídica que los universaliza sólo por tener como título la dignidad humana. ¿O es que después de monarquías y autoritarismos, es razonable deducir que los Estados disminuyeron su soberanía, por benevolencia o misericordia, para reconocer entre todos sus habitantes los valores de libertad e igualdad universales? Tampoco es cierto que fuera por conveniencia política o ideológica para el poder. René Cassin explicó que no fue fácil internacio-

---

32 Glendon, Mary Ann, obra citada, nota 13.

33 Nikken, Pedro. *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y la pobreza*, obra citada, nota 1.

nalizar materias tradicionalmente consideradas de dominio reservado<sup>34</sup>, ya que, como era de esperarse, los Estados no congeniaban con la idea de que lo local –el trato a las personas bajo su jurisdicción– escapara de su discrecionalidad y se hiciera parte del mundo para recibir por contrapartida, como nunca antes, la presencia y fuerza del control internacional.

Por el triunfo de las sociedades sobre la ley injusta, es que los derechos humanos aluden a ciertas exigencias morales –valores– que, con sus virtudes y defectos, dependen más del éxito de los reclamos de las personas, que de acuerdos normativos para protegerlos. Los derechos humanos pertenecen al clamor y ritmo de las luchas sociales. La reflexión, a su vez, lleva a admitir que estos derechos no pueden ser liberalidades normativas, sino reconocimientos jurídicos superiores a esferas subjetivas preexistentes, o en la formulación de Piovesan, son derechos que nacen cuando deben y pueden nacer, y no nacen todos de una vez, ni de una vez por todas, al consistir en conquistas progresivas frente al Estado<sup>35</sup>.

Si las sociedades han tenido razones para oponerse al Derecho que les rige, lo natural a un ideal de derechos humanos no podría sino ser visibilizar esas distintas expresiones sociales que suelen contener grandes reclamos de dignidad, usualmente sometidos al silencio e imperceptibles por la superestructura de una dinámica interna. La estrategia de despliegue de esta dinámica local tiende a “formalizar” y con ello “normalizar” situaciones materialmente injustas, presumidas como legítimas. De esto resulta el imperativo de cuestionar periódicamente las normas y prácticas estatales desde un enfoque de derechos humanos, como lo decidieran hacer las sociedades en su momento, y como seguirán asumiéndolo contra toda adversidad. En un Estado Democrático de Derecho, un Estado

---

34 Cassin, René. *La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme, Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1951, II, t. 79, pp. 295 y ss, citado por Charvin, Robert. *R. Cassin et la Déclaration Universelle Des Droits de l'Homme* [Texto en línea] Disponible: [http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201998/RBDI%201998\\_2/Etudes/RBDI%201998.2%20-%20pp.%20321%20%C3%A0%20337%20-%20Robert%20Charvin.pdf](http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201998/RBDI%201998_2/Etudes/RBDI%201998.2%20-%20pp.%20321%20%C3%A0%20337%20-%20Robert%20Charvin.pdf) [Consultado: 2015, septiembre].

35 Piovesan, Flavia, obra citada, nota 18.

de Libertades, no es posible predicar los derechos desde un sector religioso o moral específico.

En razón de estas consideraciones parece que los derechos humanos no perfilan como una medida de conveniencia. Ningún Estado se auto-limitaría internacionalmente si no es por el ímpetu de su sociedad, como tampoco materializaría los derechos humanos, derechos fundamentales, u otros derechos morales del individuo, sino es por el impulso de este mismo ímpetu. En realidad, los derechos humanos se conectan más con una *medida de presión política*, y su particularidad radica en que son los únicos derechos que, en cualquier circunstancia, pueden independizar a la persona del Estado, gracias a su existencia propia e independiente al desarrollo de cualquier proceso interno, lo cual se suma al cúmulo de virtudes normativizadas por efecto del triunfo de las sociedades en contra de la ley injusta.

La lección de este panorama internacional, entonces, es que los derechos humanos surgen como la *mejor respuesta ante el principio de desconfianza en el Estado*. Son la respuesta adecuada, necesaria y más garantista frente a un Estado que suele obedecer a la mayoría, a los que ejercen el poder, a un grupo de influencia, o a cualquier otro grupo que reprime a las minorías y a los más débiles. La exigencia de derechos humanos en ese sentido se dirige a procurar el respeto y consideración de todas las personas bajo jurisdicción del Estado, sin importar a qué grupo y contexto pertenezcan, y más allá de cualquier rechazo o resistencia.

En conclusión, los derechos humanos, con su ideal de reivindicación, conducen a una lucha incansable. No podía ser de otra manera, en la medida en que sus resultados son siempre perfectibles para la dignificación de la persona. Pero lo mejor de una visión completa de estos derechos es su coherencia con una convicción oficial profundamente intercultural y valiente, en la que fueron los Estados los que resolvieron posicionarse al servicio de la persona, inspirándose en un enfoque innovador, por su disconformidad con las libertades públicas y la idea de ciudadanía. ¿Cómo es, después de todo, que los derechos humanos son



incompatibles con los sistemas internos de los Estados? ¿No es así que se busca negarlos?

### III. Fuentes

Nikken, Pedro. *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y la pobreza*. [Texto en línea]. Disponible: <http://www.oda-alc.org/documentos/1362509364.pdf> [Consultado: 2015, septiembre].

Pinto, Mónica. *El Derecho Internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, capítulo 4: los derechos humanos. Primera edición. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004.

Henkin, Louis. *International Law: Politics and Values*, capítulo x: States values and other values: Human rights. Primera edición. Springer, New York, 1995.

Faúndez, Hector. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Introducción. Tercera edición revisada, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.

Carta de la Organización de Naciones Unidas. [Texto en línea] Disponible. <http://www.un.org/es/documents/charter/index.shtml>. [Consultado: 2015, septiembre].

Lafer, Celso. "Bobbio y el Holocausto. Un capítulo de su reflexión sobre los derechos humanos: el texto *Quindici anni dopo* y sus desdoblamientos", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28. Universidad de Alicante, 2005.

Casal, Jesús María. *Los Derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, capítulo octavo: algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en la democracia. Segunda Edición Corregida y Aumentada, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008.

Amartya Sen, *Human Rights and Asian Values*, Sixteenth Morgenthau Memorial Lecture on Ethics & Foreign Policy, New York, 1997

Miguel Giusti, *Los Derechos Humanos en un contexto intercultural*, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, Ciencia y la Cultura, [Texto en línea]. Disponible: <http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/Miguel%20Giusti.pdf> [Consultado: 2015, octubre].

Kenneth Roth, “Have Human Rights Treaties Failed?”, *The New York Times*, The Opinion Pages Room For Debate. [Texto en línea]. Disponible: <http://www.nytimes.com/roomfordebate/2014/12/28/have-human-rights-treaties-failed> [Consultado: 2015, octubre].

Mónica Pinto, “Légitimer la Diversité”, *Revue ASPECTS*, n°1, 2008.

Cassese, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Ariel. Barcelona, 1991.

Declaración Universal de Derechos Humanos. [Texto en línea] Disponible: <http://www.un.org/es/documents/udhr/> [Consultado: 2015, septiembre].

Villán Durán, Carlos. “La Declaración Universal de Derechos Humanos en la práctica desarrollada por los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas”, en *La Declaración Universal de Derechos Humanos: comentario artículo por artículo*, Editorial Icaria, Barcelona, 1998.

Yasuaki, Onuma. *A Transcivilizational Perspective on International Law*, capítulo V: Human Rights in a multi-polar and multicivilizational world. Coll, Pocket-books of the Hague Academy of International Law, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

Glendon, Mary Ann. *A world made new: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, capítulo 12: Universality under

siege. Primera Edición, Random House, Estados Unidos de América, 2002.

Nikken, Pedro. “La pobreza en la perspectiva de los derechos humanos y la democracia”, en *Quién responde por los derechos humanos de las poblaciones más pobres de América Latina y El Caribe*, Democracia vs Desigualdad, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2012, San José.

Nikken, Pedro. *La Protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*. Capítulo VI: El valor sobrevenido de las declaraciones, Primera Edición, Civitas, Madrid, 1987.

Piovesan, Flavia. “Derechos Sociales, Económicos y Culturales y Derechos Civiles y Políticos”. *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año I, Número 1, 1 de septiembre 2004. [Texto en línea] Disponible: [http://www.scielo.br/pdf/sur/v1n1/es\\_a03v1n1.pdf](http://www.scielo.br/pdf/sur/v1n1/es_a03v1n1.pdf) [Consultado: 2015, septiembre].

Proclamación de Teherán. [Texto en línea] Disponible: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1290> [Consultado: 2015, septiembre].

Salvioli, Fabián. “La Conferencia de Viena de las Naciones Unidas: esperanzas y frustraciones en materia de derechos humanos”, en: *Direitos Humanos, a promessa do século XXI*; ed. Universidade Portucalense, [Texto en línea] Disponible: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-conferencia-de-viena-de-las-naciones-unidas-esperanzas-y-frustraciones-en-materia-de-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf> [Consultado: 2015, septiembre].

Declaración y Programa de Acción de Viena. [Texto en línea] Disponible: [http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_booklet\\_Spanish.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf) [Consultado: 2015, septiembre].

Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados. [Texto en línea] Disponible: <http://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf> [Consultado: 2015, septiembre].

Ayala Corao, Carlos. “La Mundialización de los Derechos Humanos”, en *La Mundialización del Derecho*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009.

Ayala Corao, Carlos. *El Comité de Derechos Humanos de la ONU: La admisión de los casos decididos por otros órganos internacionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos No. 106, Caracas, 2014.

Cassin, René. *La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1951, II, t. 79, págs. 295 y ss, citado por Charvin, Robert. R. Cassin et la Déclaration Universelle Des Droits de l'Homme [Texto en línea] Disponible: <http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201998/RBDI%201998%202/Etudes/RBDI%201998.2%20-%20pp.%20321%20%C3%A0%20337%20-%20Robert%20Charvin.pdf> [Consultado: 2015, septiembre].



# Sociedad





# La Universidad venezolana hoy: problemas del sector universitario <sup>1</sup>

*Eugenio Hernández-Bretón*

## **Sumario**

- I. ¿Cómo puede resumirse el problema de la universidad venezolana?
- II. Problemas académicos
- III. Problemas económicos
- IV. Conclusión

---

1 Palabras ante el Consejo Consultivo de la Universidad Monteávila, 11 de junio de 2015.



La tarea que me han encomendado las autoridades rectorales es resumir para beneficio de los miembros del Consejo Consultivo de la UMA la problemática del sector universitario nacional en la actualidad. Para ello solo dispongo de unos pocos minutos.

## **I. ¿Cómo puede resumirse el problema de la universidad venezolana?**

En 1911, el doctor Juan de Dios Méndez y Mendoza, autor de la primera historia de la UCV, relataba que al finalizar la parte más cruenta de la Guerra de Independencia: *“la Patria halló en la Universidad los despojos de un martirio; su abandono, su soledad, su honrosa penuria y su ruina venerable (que) eran gaje de sus largos sacrificios...”*. Y es así –a mi modo de ver las cosas– como hoy todavía viven nuestras universidades: Con los despojos de un martirio; en su abandono, en su soledad, en su honrosa penuria y en ruina venerable.

## **II. Problemas académicos**

El marco legal regulatorio de la universidad venezolana ha sido desnaturalizado, en particular la autonomía ha sido mutilada. El artículo 109 de la Constitución y la Ley de Universidades no se aplican. La Ley Orgánica de Educación se aplica en la medida en que no permita el libre desenvolvimiento de la universidad en cuanto a sus procesos electorales. De tal manera, el Consejo Nacional de Universidades ha dejado de lado su papel rector de las políticas universitarias. El Plan de la Patria se ha convertido en la constitución del país, de manera que los programas académicos se han visto en la necesidad de ajustarse a este, rebajando así la calidad de los programas sobre la base de unos pretendidos requerimientos socio-productivos regionales. Las carreras y cursos de postgrado de universidades privadas están pendientes de aprobación desde hace ocho años. Se crean nuevas universidades del Estado sin control y sin supervisión, pero no se amplía la oferta académica. Hay una absoluta falta de inversión en nuevas tecnologías, infraestructura y dotación de las universidades públicas

y privadas. Lo bueno que hay en algunas leyes, como en la Ley de Servicio Comunitario del Estudiante Universitario, se le quiere poner al servicio de intereses que no se corresponden con los de las comunidades, y su vez en contra de los principios organizativos que rigen la autonomía universitaria. Se quiere centralizar el servicio comunitario de tal manera que el manejo y la organización de los trabajos de pasantías y del propio servicio comunitario sean controlados por el Estado. Hemos visto como el IVIC se quiere convertir en un órgano de méritos político-partidistas. Se ha desmantelado la planta de profesores, la pérdida de profesores e investigadores en las nóminas de las universidades públicas y privadas es dolorosísima. Hay una emigración masiva de profesores por la falta de equiparación de sus sueldos con aquellos de sus pares latinoamericanos. Se ha implementado un cambio de pautas y criterios de ingreso a las universidades públicas para así conformar un sistema único de ingreso, sin importar calificaciones o habilidades del estudiante, a su vez obviando si existen o no las instalaciones y recursos necesarios para recibir a los estudiantes.

El 16 de noviembre de 1880, Guzmán Blanco, como presidente de Venezuela, dictó un decreto que declaró a la Universidad Central de Venezuela independiente del Ejecutivo Federal, pero en retaliación lo derogó tres semanas después, en medio de una rabieta, y un par de años después le ordenó vender todas sus propiedades urbanas y rurales, y la convirtió en otra dependencia del Ejecutivo Nacional.

Larga lucha la de la autonomía de la universidad venezolana.

### **III. Problemas económicos**

La gran preocupación de Bolívar al dictar los Estatutos Republicanos de la Universidad de Caracas en 1827 fue la de procurarle los medios económicos para asegurar su autonomía del Poder Ejecutivo. Solo una universidad libre y autónoma es capaz de darle al país lo que este requiere.

Los recursos financieros asignados a las universidades han mermado durante los últimos años como resultado de una política de reconducción del presupuesto universitario, y por lo tanto de reducción de los recursos de las universidades públicas. En más de una oportunidad la Universidad de Carabobo, la Universidad del Zulia, la Universidad de Los Andes y la Universidad Simón Bolívar han anunciado cierres técnicos por falta de recursos. Los aportes a las universidades prácticamente han desaparecido. En 2010, la Asamblea Nacional modificó la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación para así reducir dramáticamente las contribuciones privadas al financiamiento de proyectos universitarios. En algún momento el gobierno les ofreció a los estudiantes gas del bueno. Y hay estudiantes presos. Los bajos sueldos y el escaso financiamiento de proyectos de investigación siguen afectando a quienes quieren llevar adelante una decente y digna carrera docente y de investigadores. De tanto en tanto hay protestas y paros de profesores. El personal administrativo y obrero de las universidades adopta una posición similar y convoca a paros escalonados, a veces no abriendo las puertas del recinto universitario o no prestando servicio de vigilancia. Se pretende seducir a los empleados y obreros de las universidades con convenciones colectivas en las cuales no participan las autoridades universitarias. Se desconocen las normas de homologación de las remuneraciones del personal docente y se trata de debilitar los paros profesoraes con la tentación de mejoras por vía de convenciones colectivas, pero sin que legítimamente se represente a los profesores universitarios.

Y a pesar de lo anterior los profesores han estado con su universidad y sus estudiantes. En 1799 el Claustro de la entonces Real y Pontificia Universidad de Caracas se dirigía al Real Consulado de Caracas en estos términos:

*“La Universidad ni ahora ni nunca se ha denegado a la pública enseñanza de las facultades que ha podido, ni a pretexto de carecer de fondos, rentas ni arbitrios, ni de otro aparente motivo, siendo*

*infalible prueba de esta verdad... las trece cátedras que ha logrado establecer..., sin embargo de tan miserables y escasos salarios, nunca han dejado de estar servidas, consumiendo en ellas su mejor edad los que ahora y en los años anteriores se han sacrificado a destruir la ignorancia y conservar las luces de la sana doctrina de la Iglesia, del Estado político y orden civil, como es bien sabido lo ejecutaron...".*

Actualmente se está discutiendo el inconstitucional proyecto de segundo contrato colectivo universitario único, con unos montos que no son reales y bajo premisas que atentan contra la autonomía universitaria, violando la reserva legal. Sigue vivo el problema no resuelto de la liquidación de los pasivos laborales de los profesores. Se ha regulado ilegalmente el aumento de matrícula de las universidades privadas a través de su estructura de costos, aplicando indebidamente de la legislación de control de precios, equiparando a la universidad como una empresa económica de prestación de servicios y sin considerarla una institución académica con fines docentes, investigativos y de extensión.

#### IV. Conclusión

Y las universidades no se rinden. Por eso aquí estamos, y no estamos solos en esto. Para concluir, me permito citar parte de la convocatoria hecha por el rector de la Universidad de Caracas al Claustro en fecha 5 de febrero de 1823:

*“para tratar de los medios de proporcionar las rentas correspondientes a los SS. Catedráticos. La universidad en esta concurrencia hace presente a todos sus dignos hijos, que de ella pende no solo su fomento sino acaso su precisa conservación y así se espera del notorio celo de los Señores universitarios que concurren a este Claustro, tan útil a la interesantísima causa de estudios.”*

La nuestra, es la causa de los estudios.

La universidad, señores, nos ha convocado.

**Palabras del representante  
de los Profesores  
en el acto de grado  
de la XII Promoción  
de egresados de  
la Universidad Monteávila,  
30 de julio de 2015**

*Guillermo Federico Vegas Pacanins*





Excelentísimo Rector de la Universidad Monteávila,  
doctor Joaquín Rodríguez Alonso  
Ciudadanos miembros del Consejo Superior  
y del Consejo Universitario  
Ciudadanos decanos, directores y miembros  
que laboran en las facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas,  
Ciencias Económicas y Administrativas, Ciencias de la Educación,  
y Ciencias de la Comunicación e Información  
de la Universidad Monteávila  
Colegas profesores y capellán universitario  
Apreciados padres, representantes y familiares de los graduandos  
Muy estimados graduandos.

Importante y significativa siempre resulta la distinción de hablar en nombre de otros. Representar es una prerrogativa que compromete el prestigio del representado y eso, apreciados graduandos, no es poca cosa cuando se trata de tomar la voz de quienes los hemos conducido en su travesía universitaria a lo largo de cinco años de carrera: sus profesores.

Desde esta honrosa investidura de representante, tomo pues cuenta de la advertencia del antiguo aforismo romano *Rei turpis nullum mandatum est* –“No hay mandato para la acción torpe”– y dedico nuestras palabras principalmente a ustedes, dilectos alumnos, asumiendo la voz colectiva de los ilustres colegas que comprometieron su tiempo y esfuerzo en acompañarlos mediante su singular condición de profesor. Y esta condición, bien lo sabemos, no solamente es un mediano título de pura cortesía formal. O al menos no debería serlo.

Profesión, profesional y profesor son términos sustantivos entrelazados, complementarios, útiles para apreciar la nueva etapa de actividades laborales que desde hoy comenzarán a vivir. De allí lo conveniente de proponer a la reflexión de cada quien, la idea de acción de un verbo poderoso en cuanto a su significado y alcance: el verbo profesar.

Se es profesional en cuanto se profesa una carrera que ha requerido intelecto, conocimiento, ingenio y ética de vida. En ese sentido, profe-

sar significa vivir conforme a un sistema de creencias comprometido en un quehacer existencial concreto. Fíjense: es abogado quien intercede por otro; ese que justamente aboga para evitar posibles conflictos o para subsanar los ya existentes. Es comunicador quien investiga, difunde y comparte información para que los demás no vivan en la oscuridad de la ignorancia. Es Administrador quien en la actividad cooperativa, tiene el propósito de servir para generar orden y por ello toma para sí cuentas ajenas y las mantiene con más pulcritud que las propias. Es docente, por no decir profesor, aquel capaz de enseñar a otro algo concreto y significativo: *Solo educa quien es educado*, dice un sabio adagio.

Abogar, comunicar, administrar y educar son esenciales acciones humanistas ligadas a la idea de servir, bien para evitar o subsanar el desorden o conflicto –el abogado– para propagar las circunstancias e ideas que condicionan la sociedad –el comunicador–, para dar orden a los emprendimientos –el administrador–, y para traer desarrollo personal a cada quien según y cómo obren sus posibilidades personales –el educador–.

En servir va pues la esencia misma de lo que se profesa; por ello creemos en la profesión cual consecuencia de aquello profesado con fe y tesón: “*Reza hijo, reza... y rema... mira que yo rezo, y remo... y remo... y remo...*” Así dice el viejo verso de profunda sabiduría popular, útil para afirmar la creencia de impartir conocimientos universitarios dentro de un humanismo cristiano, donde el espíritu de servicio profesional individual se entrecruce con el trabajo arduo en el ambiente social y geográfico al cual nos debemos. No en vano, hace ya diez años, nuestro primer y emérito rector, doctor Enrique Pérez Olivares, señaló tres dimensiones trascendentales atinentes al desarrollo del individuo: la primera, vertical, vinculada con (cito) “*el Ser Supremo, causa y origen de nuestra existencia (...)* *Nuestra responsabilidad consiste en responder a su llamado al Amor con total generosidad y desde nuestra condición específica, reconociendo y respetando la libertad religiosa de todas las personas*”. Las otras dos dimensiones aparecen horizontales; vinculada la una a los seres con quienes convivimos, y la otra a la naturaleza que nos rodea. Dentro de esas tres dimensiones bien podemos encauzar un futuro desempeño profesional y también, ¿por qué

no decirlo?, la esperanza que nosotros, sus profesores, tenemos en la labor futura de ustedes, apreciados graduandos.

No es conveniente obviar ninguna de las dimensiones anotadas al momento de abordar el quehacer profesional. Trascendente resulta nuestra relación individual con Dios, y trascendente, en otro plano, también es nuestra relación con nuestros congéneres y con nuestra realidad geográfica; es decir, con Venezuela y lo que ella significa para cada quien.

En este punto se hace imposible eludir una breve mención al dilema de proyectar futuro profesional en el país, o hacerlo en otra nación. Difícil disyuntiva de compleja respuesta. Acaso aquí tan solo sea oportuno advertir el problema y citar alguna opinión propicia, para dar más luces a cada quien respecto a este muy particular asunto. De allí que me atreva a compartir una interesante reflexión del profesor Rafael Tomás Caldera, afortunadamente activo en nuestra UMA, contenida en su ensayo *Mentalidad colonial*, publicado por primera vez hace ya unos quince años. Cito:

*“El impacto de la mentalidad colonial en personas e instituciones es constante y grave. Grave por lo siguiente: si un muchacho cualquiera de los que estudian en los liceos o en la universidad, en realidad, de verdad querría estar en Estados Unidos, entonces no se está formando; está recibiendo un revestimiento superficial, unas capas de pintura. No se está formando como persona, porque no está allá ni aquí. Su vida está construida sobre una irrealidad que no le permite asumir el medio donde se encuentra; ni tampoco se integra al otro ambiente, donde no se halla sino en su imaginación. En el caso de una persona decidida a emigrar, no hay reparo. Se trata de una opción válida; costosa ciertamente, pero válida en muchas ocasiones. Costosa, porque en toda emigración se paga un precio humano alto, tanto en lo que se deja como en las dificultades de la vida en el nuevo ambiente, donde acaso nunca se verá recibido del todo. Pero ese costo puede tener sus compensaciones y muchas veces un hombre tiene que tomar una decisión así por razones de peso, válidas e incluso admirables”.*

Complemento la reflexión del profesor Rafael Tomás Caldera, con un consejo San Agustín y una anécdota del poeta portugués Fernando Pessoa. “*No busques fuera. Vuelve hacia ti mismo. En el interior del hombre habita la verdad*” enseñaba San Agustín de Hipona, por allá en el siglo V después de Cristo. Mucho después, en el reciente siglo XX, el poeta Pessoa, frente a un amigo que le pedía consejo frente a la búsqueda de nuevos horizontes en una China aparentemente prometedora, pues se atrevió a ofrecerle este pensamiento: “*Nada tiene la China que ya no esté dentro de tu alma*”, así dijo el poeta al amigo en el tono más agustiniano imaginable.

Como quiera, la disyuntiva migratoria hoy día vive y convive dentro del joven profesional. Vale la pena entonces calibrarla, mensurarla, resolverla con profundidad dentro de las dimensiones de sociedad y naturaleza presentes en la interioridad de cada quien. También vale la pena tomar cuenta de las obligaciones propias de nuestra naturaleza humana; aquellas para con nuestra familia, nuestro ambiente y nuestra sociedad. Y para ello, pues valga la cita de ciertos versos dedicados a un tal ahijado Manolo, que le tomamos prestados al ingenio del gran poeta venezolano Andrés Eloy Blanco, para que en una pieza de teatro de nuestra autoría los recitara una dilecta pupila hoy presente y en trace de graduación:

*Venezuela es el espejo  
en que tu madre se ve cuando se peina.  
Si eres malo con Venezuela, es lo mismo  
que si al espejo de tu madre lo quebraras con una piedra.  
Siendo malo con Venezuela,  
es posible que tengas mucha plata en el banco,  
pero, por lo demás, serás un sinvergüenza (...)  
Si eres bueno con Venezuela,  
serás feliz y cuando te mires  
al espejo en que tu madre se peina,  
te encontrarás tan guapo,  
que le estarás agradecido al cristal del espejo  
hasta el cristal de tu llanto.*

*Ser bueno con Venezuela*, creemos, también es devolver a nuestra patria algo de lo mucho recibido. Es tal vez asumir la enseñanza de cierto refrán de profunda sabiduría popular norteamericana, que todo ciudadano de esa nación repite para sí y para los suyos: *You've got to give something back*. Tal la máxima de solidaridad social, traducida en un “Tú tienes que dar vuelta” abrigado en las entrañas, cual compromiso personal presto a contribuir con esa sociedad que veló por nuestra vida, educación y desarrollo.

*Ser bueno con Venezuela*, además comporta el buen quehacer profesional que a partir de este momento ustedes estrenan; parecido en su propósito al quehacer que nosotros, sus docentes, tratamos de ofrecer desde el Alma mater de nuestra Universidad Monteávila, viva y fraternal, con sus pequeños y cálidos espacios siempre a la orden de quienes allí hemos compartido muchos de nuestros mejores y más formativos días.

En nombre de todos sus profesores, termino dándole las gracias a todos ustedes, queridos nuevos profesionales, por ser parte de nuestra comunidad universitaria, que hoy les dice hasta luego con la frente en alto y los brazos abiertos.



# La enseñanza de la historia ¿genera ciudadanía?

*Fernando Vizcaya Carrillo*

## **Sumario**

- I. El Problema
- II. La importancia de la formación ética
- III. Los métodos formales de Instrucción. 1. *¿Qué es la Enseñanza?* 2. *¿Cuál es su finalidad (de la enseñanza)?*
- IV. *¿Qué es la Historia?*
- V. *¿Qué es la ciudadanía?*
- VI. Metodología (sugerencias)
- VII. Bibliografía





Al proponerme unos amigos, hace unas semanas que preparara una charla sobre el tema de la enseñanza, específicamente de la Historia, no pude detener, como me sucede en otras áreas del conocimiento, la sensación y –con frecuencia– la convicción del fracaso de un sistema educativo y sus consecuencias, que vivimos –sufrimos– en las actuales circunstancias.

No soy historiador, mi campo es la filosofía de la educación. Voy a ofrecer algunas reflexiones y comentar algunos aspectos un poco más técnicos, de la Enseñanza, y tratar de enlazarlos con la actualidad. Esto con el objeto de tener la posibilidad de hacer juicios y formar un antecedente sólido, para concluir o recomendar algunas cosas en el ámbito de la docencia.

Así nos metemos de lleno, para un evento de este tipo, en el problema de la verdad. En este caso, de la verdad histórica. **Howard Gardner** escribe en uno de sus recientes textos: “*La verdad es esencialmente una propiedad de las declaraciones, de las proposiciones. Las declaraciones pueden referirse a cualquier tema: el pasado, el tiempo, las aspiraciones personales, el miedo (...) puede estar relacionado con la ratificación de un escrito con testigos, o la comprobación personal de un hecho, o la sugestión de una persona con poder sobre otras*” (9% ED). Esto completa la afirmación clásica de que la verdad es la adecuación del intelecto y la cosa.

Cuál sería la posición prudente de una persona que investiga o que quiere conocer adecuadamente. Leer, en cualquier caso, el original del texto que describe o justifica el tema propuesto. Obviamente esas lecturas, no pueden ser superficiales, sino que requieren una cierta preparación remota, y próxima de los hechos, las circunstancias y las personas. Sigue escribiendo Gardner: “*De hecho, lo que distingue la ciencia de la ficción o del folclore es la posibilidad del lector de rectificar, refutar o alterar el modelo. Eso lo han enseñado los historiadores de la ciencia*” (11% ED).

Para abundar en estos aspectos, leemos el cuidado al escribir, las recomendaciones para mantenerse y la advertencia en la búsqueda. Leemos en algunas introducciones a textos: Escribe Lucas evangelista:

*“Habiendo muchos tratados de componer una narración de las cosas plenamente confirmadas entre nosotros según lo que nos han transmitido aquellos que fueron, desde el comienzo testigos oculares, me ha parecido conveniente también a mí, escribirlo todo en forma ordenada, óptimo Teófilo...” (Lc I, 1-4).* Otro texto, de motivación; **Séneca (Epístolas Morales, Libro I,2)** *“...Por las nuevas que me das, y las que escucho de otros concibo buena esperanza en ti: no vas de acá para allá ni te inquietas por cambiar, agitación propia de un alma enfermiza: te considero un espíritu equilibrado, mantenerte firme en la verdad de lo que escribes...”*. Un texto diferente que nos puede servir de cuidado al leer, y lo escribe **Julián Marías (El oficio del Pensamiento)** *“Unamuno opinaba que muchos se dedican a contarle las cerdas al rabo de la esfinge por miedo de mirarla a los ojos. La información y la erudición son, por otra parte, las grandes simuladoras, porque fingen vida intelectual donde sólo hay manejo de inertes objetos intelectuales (...) ahora me refiero a la fácil deglución del error —cuando no es un dato equivocado, sino una idea falsa—, a la aceptación de las confusiones a la insensibilidad sobre todo para lo que es efectivo pensamiento, rigurosa y clara teoría” (p 13).*

Con ese preámbulo, quizá un poco largo, pero creo necesario, nos metemos en nuestra Historia, en nuestros empeños por hacerla vida.

## I. El Problema

Ya decía el Libertador en su Discurso de Angostura *“Uncido el pueblo americano al triple yugo de la ignorancia, de la tiranía y del vicio; no hemos podido adquirir, ni saber, ni poder ni virtud”*. ¿Qué significado tiene todo esto? No hemos logrado buscar ni adquirir conocimientos suficientes; la función más natural y propia del ser humano; no hemos adquirido el arte del buen gobierno que es la relación social mínima con el otro en la ciudad, (pues el hombre es animal de naturaleza social) y tampoco hemos llegado a adquirir buenos hábitos para la acción corporal (artesanías y producción de artefactos) ni para la acción intelectual (discurso y pensamiento lógico, para la deliberación ciudadana y sus acuerdos posteriores).

Esto sigue siendo real y angustiante. A doscientos años del discurso de Angostura, nos preguntamos ¿por qué no hemos logrado esas metas?

¿Será un sistema de instrucción deficiente, o un sistema educativo sin fines claramente definidos o diseñados torpemente? o lo que sería peor, ¿pensados con poco tino? ¿Hay algo en nuestra estructura social que puede estar en la parte nuclear que es la familia, o en la estructura de las tradiciones, o en nuestra constitución natural de raza, o en las fuerzas de tradiciones o tendencias atávicas que no está funcionando bien?, ¿y que impiden la verdadera formación del buen ciudadano, de la persona productiva para un desarrollo cónsono con los anhelos del hombre?

Las preguntas que surgen, cuestiona inequívocamente los métodos utilizados en la enseñanza de la Historia y nos hacen meternos en la investigación de tal manera que se puedan elaborar o sugerir soluciones o caminos. No estamos acertando en la formación de ese ciudadano requerido por la patria en estos momentos. Escribe Ortega en **La Historia como Sistema**, unas consideraciones que nos pueden ayudar en esta búsqueda: *“El hombre necesita una nueva revelación. Porque se pierde dentro de su arbitraria e ilimitada cabalística interior cuando no puede contrastar ésta y disciplinarla en el choque con algo que sepa a auténtica e inexorable realidad. Este es el único verdadero pedagogo y gobernante del hombre. Sin su presencia inexorable y patética, ni hay en serio cultura, ni hay Estado, ni hay –y es lo más terrible– realidad en la propia persona humana”* (67 ED).

## II. La importancia de la formación ética

La formación de la estructura ética de la persona está inicialmente en la presentación de modelos a seguir, pero también en el entorno social e incluso el entorno natural. La importancia del estudio de la historia tiene mucho que ver con la identidad nacional y regional. Sólo puede ser inteligible conocer un hecho social, en la medida en que se conoce su cultura, es decir, la aplicación de los valores válidos para una región en una época. El descuidar este aspecto sería fatal para la unificación de los criterios necesarios para un consenso o un disenso en la administración de recursos.

Aquí tiene un papel fundamental la escuela. Y allí, en el centro de enseñanza, los maestros deben tener la formación suficiente como para

hacer de la historia, no simplemente una recopilación de datos cronológicos, sino una fuente de reflexión e interpretación de datos para la formación del ciudadano.

Con frecuencia me encuentro en clase o en conversaciones con colegas, o amigos que usan la expresión “sociedad enferma”. Me hace reflexionar esa suerte de lamento social. Recordé un texto de Ortega y Gasset (**España Invertebrada**) “*Y ¿en qué consiste esa enfermedad? Se oye hablar a menudo de inmoralidad pública y se entiende por ella la falta de justicia en los tribunales, la simonía en los empleos, el latrocinio en los negocios que dependen del poder público. Yo no dudo que padezcamos una abundante dosis de inmoralidad pública; pero al mismo tiempo creo que un pueblo sin otra enfermedad más honda que esta podría pervivir. Nadie que haya deslizado la vista por la historia universal puede desconocer esto*” (Ortega y Gasset 61% ED).

Comencé a reflexionar con los recursos de la academia que son importantes de no perder, en su perspectiva real, la claridad en los conceptos y la necesidad de asentarlos con fuerza teórica, con “*argumentos que obligan*” como decía Maturana en una de sus publicaciones sobre epistemología genética, revisando a Jean Piaget.

Sobre todo, y es un peligro grande, nos podemos acostumbrar a seguir viviendo de una manera ignominiosa, indigna, humillante, como pueblo. Podemos llegar incluso a justificar esos errores, algunos de los cuales son delitos tipificados en nuestros códigos de Derecho.

Y creo que es el sentido de una actividad como esta en la que estamos presentando algunas ideas, ante colegas calificados, es lo que podríamos llamar comunidad de saberes. Vuelvo a recurrir a Ortega en **España Invertebrada**: “*Los grupos se integran un Estado viven juntos para algo: son una comunidad de propósitos, de anhelos, de grandes utilidades. No conviven por estar juntos, sino para hacer algo juntos*” (29% ED). Surge necesariamente una pregunta, ¿Somos una comunidad de saberes? ¿Lo constituimos al pensar en la educación de nuestros hijos? ¿Los formamos para poder vivir junto a ellos? Es decir, ¿los hacemos ciudadanos?

A efectos de este rato de conversación, quizá valdría la pena concretar o puntualizar algunos términos que usaremos y así entendernos mejor.

### III. Los métodos formales de Instrucción

#### 1. *¿Qué es la Enseñanza?*

La etimología nos dice que esta palabra viene del latín *in signo sensibilis*. Consiste en las señales externas que percibo. Es el primer nivel de la transmisión, lo estrictamente empírico: lo que se oye, lo que se ve y hace en el salón de clases. Es la función del profesor en aula y del ambiente de la escuela. En caso que sean clases expositivas o de material de vídeos o películas, es el nivel de captación sensible. Pero eso no asegura el aprendizaje, simplemente constituye la experiencia sensible.

En la actualidad, lo que se nos presenta, por supuesto incluye a los niños y jóvenes actualmente: lo que se enseña, no es precisamente edificante. Cuando se diseña una propaganda, o se hacen unos letreros, o se estimulan unos espectáculos, se está enseñando. Esto incluye lamentablemente, el lenguaje torpe, el tono y el desprecio hacia el otro, de los dirigentes actuales de nuestra patria. Resulta por tanto muy difícil de excusar esos elementos deseducadores, pues no existe acción humana neutra.

*“La educación implica un fin, un ideal que se quiere realizar y unos medios para realizar ese fin. La determinación del fin lo establece la ética; los medios los determina la pedagogía” (Pablo Natorp, **Pedagogía Social**. p 75) y otro autor dice: “en último término, la educación procede de los modelos proporcionados por las instituciones, las costumbres y las leyes. Sólo en un Estado justo serán estos, los modelos y las formas, adecuados para la educación” (Dewey, **Democracia y Educación**, 99).*

Y aquí nos encontramos con una serie de aspectos sociales y políticos, conocidos por todos y que repudiamos en las actuales circunstancias. Recurrimos a Ortega y Gasset para este aspecto: *“Las épocas de decadencia*

*son las épocas en que la minoría directora de un pueblo –la aristocracia– ha perdido sus cualidades de excelencia, aquellas precisamente que ocasionaron su elevación. Contra esa aristocracia ineficaz y corrompida se rebela la masa justamente. Pero confundiendo las cosas, generaliza y tiende a eliminar todo intento aristocrático. Así la nación prosigue aceleradamente su trayectoria de decadencia”* (Ortega y Gasset 64% ED).

*“Después de haber mirado y remirado largamente los diagnósticos que suelen hacerse de la mortal enfermedad padecida por nuestro pueblo, me parece hallar el más cercano a la verdad en la aristofobia u odio a los mejores”* (**España Invertebrada**) Ortega y Gasset 74% ED).

## 2. ¿Cuál es su finalidad (de la enseñanza)?

Parecería que la finalidad de la Educación es la formación del ciudadano en sus derechos y deberes próximos, respetando su dignidad intelectual y procurando que vaya hacia una felicidad social. Dice a esto J Maritain: *“El fin primario de la Educación es la conquista de la libertad interior y espiritual a que aspira una persona o en otros términos, la liberación de esa persona por medio del conocimiento, la sabiduría, la buena voluntad y el amor”* (**Maritain, J. Fines de la Educación, 2**).

## IV. ¿Qué es la Historia?

¿Puede generar disposición a la formación de hábitos, la enseñanza de esa materia o asignatura?

Historia, del griego informe o información. Posiblemente, entendemos la historia como la memoria de un pueblo, y particularmente, la memoria particular. Aquí nos metemos en áreas interesantes porque, al no vivir una época, conocemos esos hechos por otras personas. Dice Briceno Iragorry: *“El hombre es ante todo y sobre todo historia. Como ser implantado en la dimensión temporal, el ente humano se mide y juzga por la proyección de su libertad en el plano de la historia”* (**La Hora Undécima, 195**),

Surge una pregunta, que hemos oído todos en algún momento: ¿hay historia? ¿Tenemos historia en Venezuela? Sin caer en ese relativismo de Unamuno “No hay Historia sino *historias*”, podemos decir, que al no leer, al no estudiar y por tanto al no interpretar críticamente, personas, circunstancias y momentos en el tiempo, no existe historia realmente sino unos decires... Volvemos de nuevo a Briceño Iragorry: “*La Cultura de superficie ha sido y sigue siendo nuestro fardo más pesado...*” (**La Hora Undécima**).

Cabe poner la lupa en un aspecto en este momento, la consideración de que si se elige esta rama del saber para un currículum, debe estar implícita la finalidad de la misma, que no se puede reducir a una simple información. Creo que debe ser, en su más íntima finalidad, ofrecer un modelo digno a los alumnos, de manera que se pueda convertir en “norte” para la conducta de ese alumno. En todo caso, conocimiento, convertidos en experiencia, que sostenga la prudencia en el actuar y no cometer los errores de ese pasado.

Nos conseguimos con un problema de tipo metodológico para esa enseñanza, y es el tipo de preparación que debe hacer un docente de esa materia, por la dificultad al conceptualizarla. “*¿Cómo puede ser posible una filosofía de la historia si la historia no es una ciencia? La historia solo se ocupa de lo singular y lo concreto, de lo contingente (hechos y personas individuales) (...) mientras que la ciencia trata de lo universal y lo necesario*” (**Filosofía de la Historia. Maritain**, 18).

## V. ¿Qué es la ciudadanía?

Lo reflejaba, de manera poética, pero profunda y radical, Jesús de Nazareth en la parábola del **Buen Samaritano** como lo recoge el evangelista Lucano, Lc 10, 25-37. También autores contemporáneos. Dice Dewey (**Democracia y educación**) que la actitud del individuo es un modo de conocer al otro y un modo de comportarse en cada circunstancia social. La ciudadanía es piedra angular de la democracia, o del sistema de vida que es la democracia. “*En términos generales, el ciudadano puede ser definido como aquél que comparte la toma de decisiones o el gobierno, ya sea*

*porque ocupe un cargo o porque goce del derecho al voto en las asambleas públicas” (Historia de la Filosofía Política. Strauss, L. 1992:142).*

Supone también, que ese ideal de vida tenga un método educativo anexo, para procurar su transmisión, una subsistencia no simplemente, rutinaria sino con posibilidad de perfeccionarla constantemente. Ese ideal educativo supone una organización deliberada y sistemática, para formar lo que hemos mencionado como ciudadanía.

En el plano educativo formal, el estudio crítico de la Historia hace conceptualmente ciudadanos, *que descubren su real nacimiento y entonces pueden luchar verdaderamente contra algunos fallos o desaciertos de los sistemas actuales o en los que le corresponde vivir a cada uno.* Solo de esta manera se comprenden algunos de los requisitos sociales que definen a un ciudadano determinado y también les da las armas adecuadas para luchar contra esos errores. Para eso volvemos a Briceño Iragorry, en otro ensayo: *“Hay crisis de virtudes. Y las virtudes políticas son prolongación de esas modestísimas virtudes que crecen al amor del hogar, sobre el limpio mantel donde se congrega la familia...” (El caballo de Ledesma).*

Lo que es un verdadero crimen en el campo educativo formal, es decir, en las aulas, consiste en desfigurar la historia o hacerla tan tediosa que no haga surgir el interés de los alumnos por sus raíces. No digamos si se interpreta de forma mítica, colocando a los protagonistas de esa historia en un *olimpio de dioses* a los cuales se debe dar culto. Otro de los fallos del sistema consiste en no formar un hábito de lectura selectivo y exigente a los alumnos, con lo que se percibe una cultura de superficie, llena de lugares comunes, frases y dichos, muletillas que impiden el razonamiento discursivo y fecundo en las relaciones interpersonales de los habitantes de un mismo sitio o comunidad. Metodológicamente se sugiere incorporar el cultivo de buenas disposiciones como las que plantearé.

Estos aspectos, que llamaremos disposiciones —**el hábito de la deliberación, el arte de saber informarse y la capacidad hermenéutica**— se refieren a hábitos intelectuales que se han constituido, desde hace años, en el centro de atención de pensadores sociales, sobre todo los que han



puesto su mira en conseguir estadios valederos en un estilo de vida de corte democrático. El problema lo centramos en la posibilidad de formación –a través del cultivo intencional– de estas tres disposiciones interiores que llevarán a formar una actitud estable en los individuos que conforman un enclave social y que *denominaremos ciudadanía*.

## VI. Metodología (sugerencias)

La costumbre de no leer con profundidad hace que se lean sólo algunas cosas del periódico y se vea mucha televisión, sobre todo los programas que no dejan en la persona un mayor interés cultural, sino que son exclusivamente frívolos cuando no vulgares y llenos de ordinariíces, destruyendo el lenguaje y el razonamiento de nuestra población. Nos apoyamos en Ortega nuevamente. *“La aberración visual que solemos padecer en las apreciaciones del presente queda multiplicada por las erróneas ideas del pretérito que tenemos. Es tan desmesurada nuestra evaluación del pasado que por fuerza ha de deformar nuestros juicios del presente”* **Historia como Sistema.** (Ortega y Gasset 18% LD).

Los métodos y el estilo de los distintos profesores pueden variar, y de hecho deberían variar según los grupos y las circunstancias de cada uno. Es decir, el profesor debe usar la Historia como una fragua que sirva para el modelaje y ayude a profundizar en los valores propios de nuestra identidad. Así tenemos textos como el **Simón Bolívar** de **Gerar Masur**, que ofrece capítulos donde aparecen claramente juicios comparativos: Bolívar y Miranda, Piar y Páez, Páez y Santander. De allí se toman frases como *“Mientras Bolívar se identificaba con la Revolución, Miranda identificaba la Revolución con él. Así para uno los obstáculos eran ocasión de mayor fuerza, para otro eran motivo de depresión y tristeza”*.

Es uno de los métodos de transmisión, para la aplicación del docente, juicios intelectuales sobre el actuar de un personaje.

La importancia del estudio de la historia tiene mucho que ver con la identidad nacional y regional. Sólo puede ser inteligible conocer un hecho social, en la medida en que se conoce su cultura, es decir, la apli-

cación de los valores válidos para una región en una época. El descuidar este aspecto sería fatal para la unificación de los criterios necesarios para un disenso en la administración. Aquí tiene un papel fundamental la escuela. *“El hombre es lo que le ha pasado, lo que ha hecho. Pudieron pasarle, pudo hacer cosas, pero he aquí que lo que efectivamente le ha pasado y ha hecho constituye una inexorable trayectoria de experiencias, que lleva a sus espaldas”* (58% (ED)

Y allí, en la escuela, los maestros deben tener la formación suficiente como para hacer de la historia, no simplemente una recopilación de datos cronológicos, sino una fuente de reflexión e interpretación de datos para la formación del ciudadano. Así concreta el maestro Ortega de nuevo en la **Historia como Sistema**: *“La vida es un gerundio no un participio; un faciendum no un factum. La vida es un quehacer”* (Pos 265 DG).

Usaremos una categoría aristotélica, la relación, para tratar de aproximarnos a la posible respuesta hecha al comienzo. ¿Porqué elegí la relación, como categoría de pensamiento para este análisis? (**Aristóteles** Organon 8b) Aristóteles decía que *“junto a la calidad, la relación constituyen las más importantes categorías de acercarnos a la realidad”*. Sirve en este caso, al definir un ser humano. Es la manera de estar en el mundo real. Su posibilidad de dar forma a unas materias, y formar a otras personas para hacerlo. Con frecuencia fue una relación con una persona, viva o muerta, que cambió la visión del mundo e hizo que tomara un rumbo diferente quizá al que había decidido. Son las relaciones vinculantes, las que ofrecen un cambio al ser mismo de la persona. Sorprendentemente Ortega ofrece un concepto nuevo: *“En suma, que el hombre no tiene naturaleza, sino que tiene...historia. O, lo que es igual: lo que la naturaleza es a las cosas, es la historia –como res gestae– al hombre”* (58% ED).

Si revisamos un poco nuestro país y su estructura educativa formal, nos encontramos en que es precisamente lo contrario a la formación para la democracia lo que se implementa. Quizá falta la madurez necesaria en los dirigentes y en los educadores, entendida ésta como la suficiente capacidad de pensamiento crítico y serenidad en las pasiones que den cauce para el diálogo, y por vía de consecuencia, produciendo la flexibi-

lidad necesaria para educar en la libertad, a los educandos, produciendo al final en los jóvenes las características enunciadas antes, (serenidad de espíritu y pensamiento crítico) de manera proporcional. En todo caso, el sistema educativo nuestro en su fracaso, es palpable y trágico. “*La vida como realidad, es absoluta presencia: no puede decirse que hay algo si no es presente, actual. Si, pues, hay pasado, lo habrá como presente y actuando ahora en nosotros*” (Briceño Iragorri. **El Caballo de Ledesma**).

La verdad de la historia es fáctica, no racional, por consiguiente, sólo puede ser sustanciada mediante signos, según el modo en que cada dato individual y existencial haya de ser considerado, propiamente no puede conocerse ni mediante la demostración, es una variante que depende de la verdad de la filosofía adoptada por el historiador (Marrou) (**Filosofía de la Historia. Maritain**, 23).

Creo que actividades como esta mantienen viva a la patria. La pregunta que impulsa a mejorar una acción, un método, una forma de vivir, es lo único, que puede hacernos volver a tomar un rumbo acertado.

Para concluir creo firmemente que necesitamos docentes con verdadero amor a la patria y eso lo entiendo así: espíritu de servicio, estudio serio y constante, responsabilidad en la labor hecha, y competencia para la transmisión, que incluye erudición en los textos originales y arte pedagógico.

## Bibliografía

- Aristóteles (1967) *Obras. Organon*. Ediciones Aguilar. Madrid.
- Briceño Iragorry, Mario. *El Caballo de Ledesma*. Ediciones de la Presidencia de la República. Caracas.
- Bolívar, Simón (1984) *Discurso de Angostura. De 1819*. Ediciones El Ancora. Bogotá.
- Dewey, John. (2002) *Democracia y Educación*. Ediciones Morata. Madrid.
- El Nuevo Testamento*. Traducción Juan Estraubinger. Club de Lectores.
- Marías, Julián. (1968) *El Oficio del Pensamiento*. Colección Austral. Espasa Calpe.
- Maritain, Jaques. *La Educación en este momento crucial*. Ediciones del Club de Lectores. Buenos Aires.
- Masur, Gerard. (2008) *Simón Bolívar*. Ediciones de la Presidencia de la República. Caracas.
- Natorp, Pablo (2006) *Pedagogía Social*. Editorial Biblioteca Nueva.
- Ortega y Gasset, José (1935) *Historia como Sistema*. Revista de Occidente. Madrid.
- Ortega y Gaset, José.(1921) “España Invertebrada”. *Revista de Occidente*.
- Seneca (1994) *Epístolas Morales a Lucilio*. Libro I. Biblioteca Clásica Gre-dos.
- Strauss, Leo (2003) *Historia de la Filosofía Política*. FCE.

**Nota: algunas referencias se titulan ED (edición digital).**







# Derecho y Sociedad **14**

**Entrevistas a los profesores**  
Alberto Arteaga  
María Bernardoni de Govea  
*Carlos García Soto*

**Ratio iuris: entre lo ideal y el mito**  
*Tulio Alberto Álvarez*

**Asamblea Nacional: función contralora frente  
a las decisiones de la Sala Constitucional**  
*Kathleen Barrios*

**Subsistencia del ilícito civil en los supuestos  
de despenalización**  
*María Alejandra Correa Martín*

**Con ciencia y conciencia**  
*Eugenio Hernández-Bretón*

**El inconstitucional e inconvenional retiro  
de Venezuela de la OEA**  
*Eduardo Meier García*

**Los Derechos Humanos como respuesta  
a la desconfianza en el Estado**  
*Ricardo F. Rosales Roa*

**La Universidad venezolana hoy:  
problemas del sector universitario**  
*Eugenio Hernández-Bretón*

**Palabras del representante de los Profesores  
en el acto de grado de la XII Promoción de egresados  
de la Universidad Monteávila, 30 de julio de 2015**  
*Guillermo Federico Vegas Pacanins*

**La Enseñanza de la historia ¿genera ciudadanía?**  
*Fernando Vizcaya Carrillo*

ISSN 1317-2778



9 771317 277003