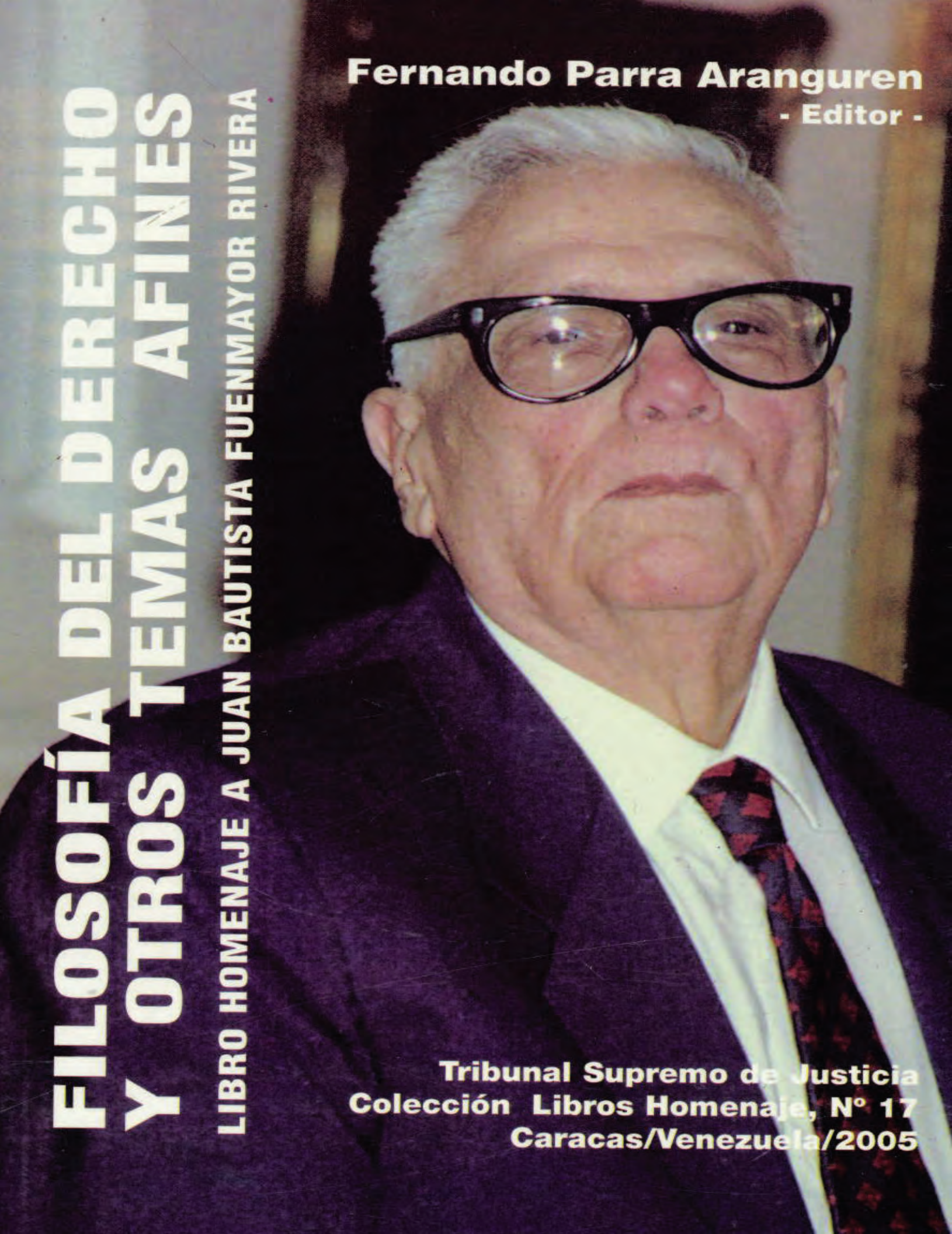
FILOSOFÍA DEL DERECHO Y OTROS TEMAS AFINES

LIBRO HOMENAJE A JUAN BAUTISTA FUENMAYOR RIVERA



Fernando Parra Aranguren
- Editor -

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, Nº 17
Caracas/Venezuela/2005

K230
F488

Filosofía del derecho y otros temas afines: libro homenaje a Juan Bautista Fuenmayor Rivera / Fernando Parra Aranguren, editor – Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2005.

604 p. (Colección Libros Homenaje, Nº 17)

1. Filosofía del Derecho. 2. Filosofía -- Historia -- Venezuela.

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable por el contenido de los artículos firmados

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, Nº 17

Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf:
ISBN:
Depósito Legal lf:
ISBN:

Fernando Parra Aranguren
-Editor-

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y OTROS TEMAS AFINES

LIBRO HOMENAJE A

Juan Bautista Fuenmayor Rivera

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, Nº 17
Caracas/Venezuela/2005

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dra. Luisa Estella Morales Lamuño
Primera Vicepresidenta del Tribunal y Presidenta de la Sala
Dr. Jesús Eduardo Cabrera
Vicepresidente de la Sala
Dr. Iván Rincón Urdaneta
Dr. Antonio García García
Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz
Dr. Luis Vicencino Velázquez Alvaray
Dr. Francisco Antonio Carrasquero López

SALA POLITICOADMINISTRATIVA

Dra. Evelyn Margarita Marrero Ortiz
Presidenta de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero
Vicepresidenta de la Sala
Dr. Levis Ignacio Zerpa
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Dr. Emiro Antonio García Rosas

SALA ELECTORAL

Dr. Juan José Núñez Calderón
Presidente de la Sala
Dr. Fernando Ramón Vegas Torrealba
Vicepresidente de la Sala
Dr. Luis Martínez Hernández
Dr. Rafael Arístides Rengifo Camacaro
Dr. Luis Alfredo Sucre Cubas

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dr. Carlos Oberto Vélez
Segundo Vicepresidente del Tribunal y Presidente de la Sala
Dra. Yris Armenia Peña de Andueza
Vicepresidenta de la Sala.
Dr. Antonio Ramírez Jiménez
Dr. Luis Antonio Ortiz Hernández
Dra. Isbelia Josefina Pérez de Caballero

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
*Presidente del Tribunal y de la Sal*a
Dr. Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez
Vicepresidente de la Sala
Dr. Juan Rafael Perdomo
Dr. Alfonso Rafael Valbuena Cordero
Dra. Carmen Elvigia Porras Escalante

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte
Presidente de la Sala
Dr. Héctor Manuel Coronado Flores
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alejandro Angulo Fontiveros
Dra. Blanca Rosa Mármol de León
Dra. Deyanira Nieves Bastidas

OJO....
AQUÍ VA EL ESCUDO NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Palabras Preliminares

En noviembre de 2003, la Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia, presidida para esa época por el Magistrado Iván Rincón Urdaneta, aprobó, entre otros, la publicación de un Libro Homenaje al doctor Juan Bautista Fuenmayor Rivera. La mayor parte de las colaboraciones se recibieron en tiempo oportuno y, como consecuencia, estuvo listo para ser enviado a la imprenta en noviembre del año siguiente, lo cual no se hizo por cuanto se quiso que circulara para la fecha del séptimo aniversario de su muerte, el 19 de mayo de 2005, año en que, además, se celebra el centenario de su nacimiento.

El homenajeado nació en Maracaibo, estado Zulia, el 28 de setiembre de 1905, donde cursó estudios de educación primaria en el Instituto Pestaloziano, dirigido por Hermágoras Chávez, y falleció, unos meses antes de cumplir los noventa y tres años en Los Teques, estado Miranda. La secundaria la cursó en el Liceo Caracas, dirigido para la época por Rómulo Gallegos. Su título de Bachiller en Filosofía fue expedido por la Universidad Central de Venezuela el 30 de diciembre de 1924, luego de presentar la tesis *El Animal y el hombre*, a un jurado compuesto por Alejandro Urbaneja, Antonio Febres Cordero y Antonio María Planchart.

Inició sus estudios de Derecho en la Universidad Central de Venezuela en 1925. En 1931, mientras cursaba el sexto año de la carrera, tuvo que abandonarlos el 25 de mayo de 1931, por haber sido detenido como secuela de sus actividades políticas. En 1959 los continuó en la Universidad Santa María, donde obtuvo el

título de Abogado en 1960 y el de Doctor en Derecho, tres años después, previa presentación de la Tesis de Grado intitulada *Teoría del Estado y del Derecho*.

En la Casa de Estudios donde, finalmente, se graduó cumplió la mayor parte de su carrera docente. En su Facultad de Derecho, regentó, entre 1960 y 1981, las cátedras de Economía Política, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho, al tiempo que se desempeñó como Profesor en los cursos de Doctorado en Historia (1980-1987). Paralelamente, entre 1974 y 1978, regentó varias cátedras en el Doctorado en Historia, Universidad Central de Venezuela.

Al margen de la actividad académica, en el campo administrativo, ejerció los cargos de Secretario de la Universidad Santa María, Vicerrector y, finalmente, Rector entre los años 1962-1972, 1972-1977 y 1977-1989, en su orden.

En el campo jurídico, además de su Tesis de Grado, **Teoría del Estado y del Derecho**, donde analizó las causas y necesidades del Derecho, es autor de **Principios de Economía Política**, texto dedicado a los estudiantes universitarios, y utilizado como tal en las universidades Santa María, de Los Andes y del Zulia, e **Historia de la Filosofía del Derecho**, también elaborado para uso de la comunidad estudiantil, todas ellas con varias ediciones. En los dos últimos libros citados, recopiló el trabajo de sus años de docencia en su *Alma Mater*.

Fuera de los mencionados, publicó, en 1924, *El Animal y el Hombre,* Tesis de Grado para obtener el título de Educación Secundaria; en 1942, *Luchemos por nuestro Petróleo* y *Marcha hacia la Democracia;* en 1945, *El Papel de la Clase Obrera y de los Comunistas en la Etapa Actual;* en 1958, *Aves de Rapiña sobre Venezuela,* con una segunda edición en 1972, donde analiza diversos aspectos del acontecer venezolano; en 1968, *1928-1948 Veinte Años de Política,* un modo de conocer nuestro pasado reciente; y, entre 1975 y 1993, su *Historia de la Venezuela Política Contemporánea 1899-1969,* en veinte tomos, donde comenta críticamente el acontecer político de los años estudiados, intensamente vivido por el autor.

Luego de participar en los movimientos estudiantiles de 1928, su actividad política estuvo íntimamente vinculada al Partido Comunista de Venezuela, al cual ingresó en la primera célula clandestina de Caracas, el 5 de marzo de 1931, hasta 1950, cuando, siendo Miembro del Secretariado Político, renunció a la militancia por desavenencias con el modo de conducir la huelga petrolera de ese año.

En vida recibió múltiples condecoraciones, homenajes y reconocimientos, entre los cuales cabe mencionar las Órdenes 27 de Junio, Tercera Clase, 1971;

Andrés Bello, Primera Clase, 1978; Diego de Losada, Primera Clase, 1978; de la Universidad Santa María, 1978; Cruz de las Fuerzas Armadas de Cooperación, Segunda Clase, 1982; al Mérito en el Trabajo, Primera Clase, 1983; al Mérito en la Cruz Roja, 1983; al Mérito del Ministerio Público, Primera Clase, 1986; al Mérito T.Cnel. Juan Manuel Cajigal, 1986; Gran Cordón de la UNED, Primera Clase, 1987; Cruz del Cuerpo de Vigilancia Terrestre, Primera Clase, 1987; Cruz de la Policía Metropolitana, Primera Clase, 1987; de la Federación de Centros Universitarios, 1988; de la Universidad Central de Venezuela, 1995; y del Libertador, en el grado de Gran Cordón, 1995.

Fue designado, además, Profesor Emérito de la Universidad Santa María, 1985 y Licenciado en Ciencias y Artes Militares, *Honoris Causa*, 1986. En 1982 recibió el Botón de Oro de la Asociación Empresarial Venezolana y unos años después, 1995, la Placa Marc Bloch, Honor al Mérito en las Ciencias de la Historia.

A todos estos reconocimientos se une este Libro Homenaje que, bajo el nombre de **Filosofía del Derecho y otros Temas Afines**, reúne veinte trabajos elaborados por profesionales dedicados al ejercicio de la docencia en diversas universidades, nacionales y extranjeras, a la Magistratura y al libre ejercicio de la profesión de abogado.

Quien suscribe, en su condición de Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, espera que esta obra, así como las otras con nuestro sello editorial, sea recibida con el beneplácito que merece por la comunidad jurídica nacional a quien va dirigida.

Caracas, 15 de marzo de 2005

Omar Alfredo Mora Díaz

Contenido

Fernando Parra Aranguren, *Presentación* 11

Élida APONTE SÁNCHEZ, *Hacia la justicia de género en Venezuela* 21

Camilo ARCAYA ARCAYA, *Ortega y Gasset y la superación de la filosofía moderna* 37

Carlos María CÁRCOVA, *Habermas: la validez como construcción discursiva* 69

Alma Adriana CHACÓN HANSON, *Algunas consideraciones sobre el problema de la identidad de los órdenes jurídicos con especial referencia al Derecho venezolano vigente* 85

Miguel Ángel CIURO CALDANI, *Aportes para la historia de la cultura jusprivatista internacional* 129

José Manuel DELGADO OCANDO, *Consideraciones sobre el debido proceso sustantivo* 157

José Humberto FRÍAS, *Los derechos de las minorías culturales* 165

Omar GARCÍA VALENTINER, *Narraciones filosóficas* 219

Aníbal GAUNA P. *De la crisis de la cultura a la cultura de la crisis: prolegómeno para un estudio de la cultura (en la Venezuela contemporánea)* 229

Luis Alfonso HERRERA ORELLANA, *Entre necesidad y libertad: apuntes sobre historia y filosofía política* 267

Rafael ORTIZ-ORTIZ y Mariela Nani TORRES, *Las fuentes metaestatales del Derecho. Hacia una reordenación del ordenamiento jurídico* 317

Hermann PETZOLD-PERNÍA, *E. M. Cioran: De la filosofía y los filósofos (una breve exposición de su pensamiento)* 373

Juan Carlos PRÓ RÍSQUEZ, *Conflicto entre derechos: Comentarios sobre conflictos jurídicos en la Constitución venezolana* 401

Rafael Arístides RENGIFO CAMACARO, *Interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a la luz de los resultados obtenidos en el referéndum revocatorio del 15 de agosto de 2004* 425

Héctor Raúl SANDLER, *Derechos existenciales y la cuestión social* 441

Ludwig SCHMIDT H., *La ciencia y sus valores* 453

Fermín TORO JIMÉNEZ, *Fundamentos ideológico-políticos y jurídicos para una política exterior de derechos humanos de la República Bolivariana de Venezuela* 483

María Luisa TOSTA, *A propósito de la "Ley del Velo"* 501

Emilio J. URBINA MENDOZA, *Neoliberalismo, filosofía liberal y Derecho del siglo XXI* 533

Carlos Alberto URDANETA SANDOVAL, *De la analogía como método de integración en Derecho* 567

Presentación

I. **Filosofía del Derecho y otros Temas Afines,** *Libro Homenaje a Juan Bautista Fuenmayor Rivera,* recoge veinte ensayos preparados por igual número de colaboradores, provenientes, fundamentalmente, del mundo académico, donde ejercen funciones docentes y de investigación. Otros vienen del campo de la judicatura y otros del libre ejercicio de la profesión de abogado, sin que ello impida que éstos desempeñen, en forma paralela, algunas de las actividades anteriores.

II. Juan Bautista Fuenmayor Rivera, mejor conocido como Juan Bautista Fuenmayor, nació en Maracaibo, estado Zulia, el 28 de setiembre de 1905 y falleció en Los Teques, estado Miranda, el 19 de mayo de 1998. Este libro, originalmente programado para circular el año próximo pasado, se dejó para que lo hiciera con ocasión de los siete años de su muerte y de cumplirse, en unos meses, el centenario de su nacimiento. Cursó sus estudios de educación primaria en el Instituto Pestaloziano de Maracaibo y los de secundaria en el Liceo Caracas, de esta ciudad capital. Ingresó en la Universidad Central de Venezuela en 1925 con miras a obtener el Doctorado previo al título de Abogado, de conformidad con la legislación vigente en la época.

El 25 de mayo de 1931, sin embargo, y mientras cursaba el sexto año de la carrera, tuvo que abandonar sus estudios por haber sido encarcelado como secuela de sus actividades políticas. En efecto, el 5 de marzo de tal año, se inscribió en la primera célula clandestina del Partido Comunista de Venezuela, en el cual militó hasta 1950, año en que, siendo miembro de su Secretariado Político, renunció a la militancia por estar en desacuerdo con la forma de conducir la huelga petrolera de ese año.

Al abandonar la cárcel de La Rotunda en 1934, estuvo en Colombia, donde militó en el Partido Comunista de ese país, hasta su regreso a Venezuela. En su estado nativo, fue Secretario General de su partido y fundador de la Federación Sindical Petrolera y de la Unión de Marinos Petroleros y Mercantes (1936). Al concluir la huelga petrolera (1936-1937), ya en Caracas, fue Secretario General del Partido (1936-1947), Representante a la Asamblea Nacional Constituyente (1946-1947) y Diputado por el estado Zulia (1948).

De regreso al país, durante la Presidencia del ciudadano Rómulo Betancourt, 1959, se inscribió en la Universidad Santa María con miras a concluir –luego de un paréntesis de casi treinta años– sus estudios jurídicos. De este modo, obtuvo los títulos de Abogado (1960) y Doctor en Derecho (1963).

A partir de su colación como Abogado, inició su carrera docente en la Facultad de Derecho de su *Alma Mater*, donde regentó las cátedras de Economía Política, Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. Como requisito necesario para recibir el grado de Doctor en Derecho, presentó su primera gran obra jurídica, *Teoría del Estado y del Derecho,* 1963, donde estudió a las causas y a las necesidades del Derecho. Posteriormente, circularon en la comunidad jurídica, *Historia de la Filosofía del Derecho* y *Principios de Economía Política,* con diez y doce ediciones, respectivamente, donde recogió el resultado de sus largos años de enseñanza y que han servido de texto no sólo en la Universidad Santa María, sino en la de Los Andes y la del Zulia.

Asimismo, fue profesor en los cursos de Doctorado en Historia en las universidades Central de Venezuela (1974-1978) y en Santa María (1980-1987). Resultado de esta labor son la segunda edición de *Aves de Rapiña sobre Venezuela,* 1972, primera edición en 1958, obra que había sido precedida por 1928-1948 *Veinte años de vida política,* 1968, y concluida, al menos entre las publicadas, por su monumental *Historia Política Contemporánea 1899-1969,* en veinte tomos, que circularon entre 1975 y 1993.

Paralelamente a su actividad docente, cumplió, con lujo de méritos, funciones administrativas y de dirección en la Universidad Santa María, como Secretario, 1962-1972, Vicerrector, 1972-1977, y Rector, 1977-1989. Al retirarse, el Consejo Nacional de Universidades encomendó al historiador R.P. José del Rey Fajardo s.j., para la época Rector Magnífico de la Universidad Católica del Táchira, por más de cuatro lustros, la oración de despedida.

III. Luego de las Palabras Preliminares y de esta Presentación, se difunden las colaboraciones especialmente preparadas para este libro:

1. Élida Aponte Sánchez (**Hacia la justicia de género en Venezuela**) reproduce "algunos de nuestros planteamientos orientados a consolidar la justicia de género en Venezuela, en el marco del artículo 2 de la Constitución Bolivariana de Venezuela, aprovechando la oportunidad de que aún no ha sido decidido el Recurso" de Nulidad Parcial por Inconstitucionalidad e Ilegalidad parcial contra los artículos 3, numeral 4, 32 y 39, numerales 1, 3 y 5 de la Ley sobre Violencia contra la Mujer y la Familia, interpuesto por el Fiscal General de la República ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, "sin que nos anime ningún sentimiento negativo hacia el Fiscal General de la República como persona".

2. Camilo Arcaya Arcaya (**Ortega y Gasset y la superación de la filosofía moderna**) ofrece al lector parte de un texto inédito, en líneas generales, sobre el pensamiento de Ortega y Gasset, cuyo programa filosófico "era salir del círculo mágico trazado por Descartes y la filosofía moderna general" que intentó materializar a través de la comparación de los términos de su filosofía con la de Descartes y Aristóteles. A su juicio, "Ortega considera haber conquistado una situación completamente diferente a la de Descartes y Aristóteles: es indubitable una relación con dos términos inseparables, alguien que piensa, que se da cuenta, y un otro, un *alter* del que me doy cuenta. La conciencia sigue siendo intimidad, pero ahora resulta íntima e inmediata no sólo mi subjetividad sino mi objetividad, el mundo que me es patente. La conciencia no es reclusión, sino al contrario, es esa realidad primaria, supuesto de toda otra, que consiste en que alguien, yo, soy precisamente cuando me doy cuenta de cosas, de mundo. Lejos de ser el yo lo cerrado, soy el ser abierto por excelencia".

3. Carlos María Cárcova (**Habermas: la validez como construcción discursiva**), luego de exponer en líneas generales las fuentes y la evolución del pensamiento de Jürgen Habermas en algunos de sus más conocidos trabajos, explica cómo en la teoría de la acción comunicativa y en el modelo de política deliberativa que desarrolla el filósofo alemán, que parte de una "concepción moderna y eurocéntrica del modo de existencia de la sociedad actual y de su evolución", la validez deviene en legitimidad a través del principio del discurso, en tanto "la sociedad contemporánea no expresa sólo una racionalidad instrumental, expresa también una racionalidad comunicativa, que demanda diálogo y buenas razones para admitir y fundamentar ciertas prácticas institucionalizadas"; asimismo, da cuenta de la conexión que según Habermas existe entre la moral, el derecho y la política y cómo dicha conexión, ausente en las teorías normativistas y objetivistas, da legitimidad a las decisiones públicas a través de la legalidad "en la medida que el orden jurídico positivo sea el resultado de procedimientos de fundamentación permeables a los discursos morales", y enfatiza

la necesidad de las sociedades modernas de abrirse a distintos puntos de vista metodológicos en su proceso de integración social, pues mientras en "las sociedades pre-modernas la estabilización de las expectativas de comportamientos recíprocos provenían de los mitos, de los relatos, de las tradiciones o del poderoso nivel de lo sacro (...) en las sociedades modernas la integración de los individuos proviene de su capacidad de interactuar comunicativamente".

4. Alma Adriana Chacón Hanson (**Algunas consideraciones sobre el problema de la identidad de los órdenes jurídicos con especial referencia al Derecho venezolano vigente**) "pretende reflexionar acerca del problema de la identidad de los órdenes jurídicos, a través de la exposición y valoración de los distintos criterios, tanto formales como materiales, propuestos por la doctrina. Los criterios formales toman en consideración los procedimientos de creación y derogación de las normas jurídicas, así como su origen, exigiendo la determinación de una o varias normas cuya validez no sea posible establecerla de acuerdo con las reglas del mismo sistema (normas independientes u originarias). Mientras que los criterios materiales dirigen su atención a la entidad de la modificación sufrida por el orden jurídico. En una segunda parte, se sintetizan las principales transformaciones verificadas en el Derecho Patrio, a raíz de la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, que culminó con la aprobación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a los efectos de establecer si ha habido continuidad en el orden jurídico o si por el contrario los cambios suscitados permiten afirmar la ruptura y el surgimiento de un nuevo conjunto normativo".

5. Miguel Ángel Ciuro Caldani (**Aportes para la historia de la cultura jusprivatista internacional**) se propone, "desde una perspectiva integrativista trialista (…) construir el objeto del *Derecho Internacional Privado* como un conjunto de casos jusprivatistas con elementos extranjeros y sus soluciones (repartos), captados por normas que emplean un complejo de métodos que incluye el método analítico privatista, el método indirecto, el método directo y el método sintético judicial e inspirados, las soluciones y los métodos, en el respeto al elemento extranjero", ello a través del estudio de la historia del Derecho Internacional Privado en sus vinculaciones con el resto de la cultura, y de la revisión de tales vinculaciones en la comunidad iusprivatista interregional medieval y la comunidad iusprivatista internacional contemporánea. El estudio finaliza con algunas reflexiones sobre la integración y lo que el autor llama "la globalización/marginación" de nuestro tiempo.

6. José Manuel Delgado Ocando (**Consideraciones sobre el debido proceso sustantivo**) destaca como características fundamentales del Derecho Procesal la ins-

trumentalidad, unidad y autonomía, enfatizando que el derecho procesal es instrumental porque "tiende a hacer efectiva la tutela de los derechos consagrados por el derecho sustantivo o material". De igual modo, destaca que esta característica de instrumentalidad se encuentra ligada a la noción de "debido proceso legal", razón por la cual tradicionalmente ha sido visto desde un punto de vista formal o adjetivo; sin embargo, Delgado Ocando sostiene que es posible hablar de debido proceso sustantivo, pues "la jurisdicción es un proceso de formación del derecho, a nivel de las decisiones de los tribunales y (...) la pretensión exigida aparece como virtualidad facultativa en la norma general".

7. José Humberto Frías (**Los derechos de las minorías culturales**), partiendo de la premisa según la cual los derechos de las minorías culturales, al ser valores de importancia desde el punto de vista moral, imponen repensar la forma como se entiende el principio de igualdad ante la ley en las sociedades liberales actuales, se propone, luego de "analizar los distintos problemas teóricos que surgen a raíz de los derechos de las minorías culturales" a partir de la definición de los derechos colectivos como aquellos que "derivan del interés compartido de los miembros de un grupo de un bien público participativo", del examen de a quién corresponde la titularidad de tales derechos –si a los individuos que integran la colectividad o a ésta entendida como distinta de sus miembros– y de la justificación de la existencia y protección de los derechos colectivos de las minorías culturales, a propósito de una "nueva visión" fundada en la idea de pertenencia cultural "que otorga respeto a todas las culturas y no mide su valor según patrones externos", exponer los conflictos que se suscitan entre los derechos individuales y los derechos colectivos, así como algunas soluciones planteadas para la superación de los mismos, para, a partir de ellas y de los retos que plantea el multiculturalismo, analizar la situación de los derechos de las minorías culturales en Venezuela, en particular, de los derechos de los pueblos indígenas a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999.

8. Omar García Valentiner (**Narraciones filosóficas**) en primer lugar, distingue entre la Filosofía Teorética y la Filosofía Práctica, luego presenta un breve resumen de las distintas Escuelas filosóficas, y finalmente concluye que el filósofo del Derecho debe "conectarse con el universo humano, pero no sólo en el tiempo actual sino en su antecedente histórico y en su proyección futurista (…) sólo observando, sólo haciendo, sólo atreviéndose a la aventura de arriesgar, sólo contemplando la naturaleza y las manifestaciones humanas, sólo viendo el todo y no la parte, sólo viendo al Derecho en dinamismo y como representación de un orden de cosas superiores, sólo así puede (…) pasar de ser un mero pensador de una rama del conocimiento a ser un sabio".

9. Aníbal Gauna P. [**De la crisis de la cultura a la cultura de la crisis: prolegómeno para un estudio de la cultura (en la Venezuela contemporánea)**] propone "una hipótesis (la crisis de Venezuela es una crisis en el sistema cultural) para comprender las crisis de la sociedad venezolana contemporánea, en el sentido en el cual la comprensión es, al unísono, *explicación*". A fin de comprobarla, analiza la visión de la tragedia de la cultura de Georg Simmel; la propuesta del proceso de la civilización de Norbert Elías; la concepción de la postcultura de George Steiner; la relación entre discursos y cultura, desde propuestas como las de Zygmun Bauman y Michel Foucault entre otros; finalmente, la visión de Ann Swidler (cuyo trasfondo teórico es a su vez Pierre Bourdieu), y su propuesta de la cultura como repertorio de acciones para la vida social. Con base en este análisis, estima haber sustentado teóricamente su propuesta, por lo cual concluye afirmando que "en las últimas dos o tres décadas asistamos, como actores y testigos, al paso de la *crisis de la cultura a la cultura de la crisis*".

10. Luis Alfonso Herrera Orellana **(Entre necesidad y libertad: apuntes sobre historia y filosofía política),** con el doble propósito de exponer algunos puntos de vista que pueden resultar relevantes para transitar hacia una nueva comprensión de la Política en Venezuela, y de defender algunas interpretaciones propuestas por la filosofía política contemporánea acerca de acciones e instituciones presentes en la vida de la Venezuela de principios del siglo XXI, expone, (I) las críticas dirigidas por Luis Castro Leiva y otros autores al historicismo político bolivariano y a la religión civil creada en torno a la figura de El Libertador; luego (II) examina el concepto de revolución desarrollado por Hannah Arendt, a fin de contrastarlo, *grosso modo,* con la experiencia revolucionaria del siglo XIX venezolano; asimismo (III) analiza el significado de la democracia y de los derechos humanos, a la luz de la obra de Bobbio y Nino, como expresión de las sociedades modernas, seculares, en las que el poder del Estado se halla separado de la religión.

11. Rafael Ortiz-Ortiz y Mariela Nani Torres (**Las fuentes meta-estatales del Derecho. Hacia una reordenación del ordenamiento jurídico**), analizan, en primer lugar, los fundamentos de la "aplicación" de *normas y principios* dictados "internacionalmente" y la conceptualización de las normas del Derecho extranjero como fuente directa e indirecta en el orden interno, y en segundo lugar, intentan precisar qué se entiende por *Derecho comunitario* y su estructura "constitucional" y "derivada", partiendo de la premisa "de que no somos una 'isla desierta' y que de muchas maneras la 'democracia' como sistema y los 'derechos humanos' como valor supremo, se han *universaliza-*

do de tal modo que nunca será posible oponer la 'soberanía' o 'autodeterminación' para burlar y violar los derechos humanos". Para ello, los autores desarrollan su exposición, "con carácter introductorio", en tres áreas fundamentales: el Derecho internacional, el Derecho extranjero y el Derecho comunitario "como una manera de 'repensar' en una 'reordenación' del concepto tradicional de ordenamiento jurídico".

12. Hermann Petzold-Pernía **(E. M. Cioran: De la filosofía y los filósofos [una breve exposición de su pensamiento])**, a través de las preguntas-capítulos ¿cómo nace la metafísica?, ¿es inútil la filosofía?, ¿entre la santidad y la filosofía?, ¿cuáles son los tipos o modelos de filósofos? y ¿cuál es la originalidad de los filósofos?, procura "hacer una *exposición* de algunas de las tesis de E. M. Cioran (1911-1995), a mi juicio, uno de los más grandes pensadores europeos del siglo XX", a fin de evidenciar como su oposición a todo sistema filosófico y su convencimiento de que las contradicciones en el pensamiento de un pensador lo enriquecen y son una muestra de su fecundidad intelectual nos interpela "a cada uno de nosotros (pero interrogándose también a sí mismo, sin ninguna indulgencia), de tal manera que fuéramos capaces de detenernos a reflexionar tanto sobre el sentido de nuestra existencia personal concreta como sobre el destino del género humano".

13. Juan Carlos Pró Rísquez (**Conflicto entre derechos: Comentarios sobre conflictos jurídicos en la Constitución venezolana**) expone el posible conflicto entre derechos contenidos en normas constitucionales y las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que ofrecen, de forma poco uniforme, un tratamiento del tema. En este sentido, luego de exponer las soluciones propuestas por los conflictualistas, los no-conflictualistas y por el Tribunal Supremo de Justicia, concluye, *en principio*, que en caso de conflicto, debe considerarse que existe un grupo de derechos de mayor jerarquía y por ende, que requiere de mayor protección; sin embargo, cuando el conflicto se presenta en los derechos que no son fundamentales "aunque en abstracto podría argumentarse que puede existir una jerarquía entre los derechos, en el caso concreto se tienen que sopesar todos los intereses en conflicto para determinar cuál es la solución más justa y equitativa".

14. Rafael Arístides Rengifo Camacaro (**Interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a la luz de los resultados obtenidos en el referéndum revocatorio del 15 de agosto de 2004**), luego de señalar los principios y medios de participación ciudadana que enuncia el nuevo Texto Constitucional, y de esbozar las diferentes formas de participa-

ción del cuerpo electoral que la doctrina clásica de derecho político ha instaurado, pasa a examinar la revocatoria del mandato como "instrumento político de participación directa del pueblo en ejercicio de su soberanía, de carácter real, efectivo, de grandes alcances y significación en el nuevo diseño jurídico político", a fin de distinguirlo del plebiscito, y de examinar la primera aplicación del mismo en Venezuela, durante el 15 de agosto de 2004, cuando "se llevó a cabo en nuestro país el Referéndum Revocatorio en contra del Primer Mandatario Nacional, Hugo Rafael Chávez Frías", en el que éste resultó ratificado, gracias a una interpretación sistemática y congruente del artículo 72 de la Constitución con los principios democráticos y de participación que ésta consagra.

15. Héctor Raúl Sandler (**Derechos existenciales y la cuestión social**), afirma que en el estado actual de la dogmática jurídica, los derechos subjetivos sólo pueden ser comprendidos dentro de un cierto sistema, el ordenamiento jurídico, al que define como "un conjunto de proposiciones conteniendo normas jurídicas, fundado en ciertos principios generales y configurable en un sistema teóricamente cerrado", pero que, en realidad, existen "derechos de los hombres por fuera y por encima del derecho positivo de cada Estado", a los que se denominan derechos humanos, cuya preforma pertenece "al *ordo naturalis*, al mundo de lo real", que está integrado por órdenes específicos extrajurídicos, uno de los cuales es el orden jurídico como "sistema de relaciones sociales reales (...) en donde florecen (...) los derechos humanos", los cuales, al responder a la "estructura cuaternaria" del hombre, exigen a la autoridad poner en existencia un ordenamiento jurídico que haga viables, en forma indirecta, las tres categorías de derechos humanos distinguidas por el autor: derechos existenciales, derechos de la personalidad y derechos sociales, estos últimos vinculados con la cuestión social.

16. Ludwig Schmidt H. (**La ciencia y sus valores**) plantea "que la ciencia no puede seguirse considerando únicamente como una actividad epistémica y metodológica", y que es menester considerarla también "como actividad axiológica, en el sentido de que su reflexión no debe apuntar sólo al cómo se han desarrollado las teorías científicas, sino también al deber ser de la ciencia, promoviendo nuevos valores tanto epistémicos como prácticos dentro del quehacer científico, y enfatizando sobre la responsabilidad ética y social del investigador"; para ello examina lo que se entiende en la actualidad por ciencia, el tipo de conocimientos que genera y el método que emplea; asimismo, pasa revisión al conocimiento práctico y su relación con la acción humana, y examina críticamente los diferentes criterios de veracidad aceptados hoy día, luego de lo cual ofrece sus conclusiones sobre el tema.

17. Fermín Toro Jiménez **(Fundamentos ideológico-políticos y jurídicos para una política exterior de derechos humanos de la República Bolivariana de Venezuela)**, expone las dos concepciones sobre los derechos humanos que, a su juicio, se han hecho presentes en el sistema internacional contemporáneo: "la primera de dichas concepciones ideológico-políticas obedece al ascenso y protagonismo de los pueblos en la escena internacional como actor histórico", mientras que la segunda de estas concepciones ideológico-políticas "concibe, en cambio, las instituciones y normas jurídicas internacionales de los Derechos Humanos como parte de una estructura supranacional política y jurídica impositiva que se sobrepone a la soberanía estatal y a la autodeterminación de los pueblos"; en tal sentido, afirma que el sistema político y jurídico venezolano "se ubica en el cauce de la primera de las concepciones político-ideológicas y jurídicas que venimos de reseñar", y que por ello Venezuela "ha sido ha estado sometida sin cesar (...) a través de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, como son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la injerencia sistemática del gobierno de los Estados Unidos de América".

18. María Luisa Tosta (**A propósito de la "Ley del Velo"**) destaca que, "en Francia se dictó recientemente una ley que restringe el uso de símbolos religiosos en las escuelas públicas y que desató una cierta polémica en ese país". Su estudio, además de referirse a la ley citada, trata sobre "la idea de la tolerancia como uno de los fines del Derecho, habla de los orígenes de la intolerancia, hace una reflexión sobre el tema de los valores, señala los principios que debe contener un sistema jurídico, para que la tolerancia se haga efectiva, y vincula esta virtud con el pensamiento de nuestra época".

19. Emilio J. Urbina Mendoza (**Neoliberalismo, filosofía liberal y Derecho del siglo XXI**) advierte que nuestro nuevo siglo parece sucumbir ante el paradigma liberal del individualismo posesivo burgués, pero no debido "a una conspiración ejecutada desde los centros financieros del norte anglosajón despiadado, sino por el desmoronamiento de los totalitarismos solapados de los cada vez más insoportables *welfare status*; de igual modo indica que "curiosamente, los detractores del pensar liberal y su derecho, favorables a esos cada vez más utópicos estados del bienestar, tildan al liberalismo como doctrina antidemocrática (…) ¿quién tiene la razón, en medio de esta disputa de principios de siglo?"; a fin de brindar respuestas a esta interrogante, se adentra en los fundamentos, discursos y etapas de la filosofía liberal así como en la construcción de la noción de "occidente", para arribar al liberalismo político que subyace al discurso democrático contemporáneo y reflexionar sobre las opciones del liberalismo en el siglo XXI.

20. Carlos Alberto Urdaneta Sandoval (**De la analogía como método de integración en Derecho**) **"**investiga sobre un tema clásico y de relevante importancia en sede de Teoría General del Derecho, como lo es el de la analogía jurídica en tanto instrumento de integración de lagunas en un sistema legal dado. A tal efecto, se tratan tópicos como los atinentes a sus antecedentes; definición; fundamento y justificación; semejanzas y diferencias con procedimientos interpretativos y de igualación; clasificación; requisitos y límites de aplicación; así como el examen sucinto de algunos de sus expresiones argumentativas específicas (argumentos *a fortiori*) y del procedimiento discursivo contrapuesto a su función (argumento *a contrario*)".

IV. Deseamos agradecer, una vez más, aun cuando nunca será suficiente, la generosa cooperación recibida en la preparación de esta obra tanto a quienes enviaron su colaboración como a quienes –sin especificar razones– no pudieron hacerlo. En particular a Luis Alfonso Herrera Orellana, Licenciado en Filosofía y Abogado *summa cum laude* de la Universidad Central de Venezuela, por su desinteresada cooperación en la elaboración de los resúmenes incluidos en esta *Presentación*. Todos pusieron su grano de arena en el homenaje que el Tribunal Supremo de Justicia rinde a Juan Bautista Fuenmayor Rivera, al cumplirse siete años de fallecimiento y celebrarse el centenario de su nacimiento.

Unos años antes de emprender el viaje sin retorno, en 1995, fue constituida la Fundación Juan Bautista Fuenmayor, registrada en 1996, sin fines de lucro con el objeto de custodiar, conservar y divulgar el archivo de su promotor, constituido por más diez mil piezas documentales; continuar la publicación y distribución de su obra; y divulgar su pensamiento científico y político. Debe señalarse, antes de concluir, que, en vida, recibió múltiples homenajes, honores y reconocimientos –entre otros, la Orden del Libertador, en Grado de Gran Cordón, que la República agradecida le confirió durante la segunda presidencia del doctor Rafael Caldera Rodríguez– a los cuales se suma este Libro que el Tribunal Supremo de Justicia le dedica al cumplirse siete años de su muerte y cien de su natalicio.

Caracas, 18 de marzo de 2005

Fernando Parra Aranguren

Hacia la justicia de género en Venezuela

Élida APONTE SÁNCHEZ*

SUMARIO:

1. **Comentando un caso judicial, sin ser enemiga del Fiscal**. **1.1** *Los alegatos del Fiscal General de la República.* **1.2** *Los alegatos de la Red Venezolana sobre la Violencia contra la Mujer (REVIMU).*
2. **¿Qué es la justicia de género?**
3. **La justicia para la teoría jurídica feminista.**

Conclusión

1. COMENTANDO UN CASO JUDICIAL, SIN SER ENEMIGA DEL FISCAL[1]

El 16 de marzo del año 2004, con motivo del Recurso de Nulidad Parcial por Inconstitucionalidad e Ilegalidad parcial contra los artículos 3, numeral 4, 32 y

* **La Universidad del Zulia**, Abogada, Licenciada en Filosofía, Doctora en Derecho. Ex Directora del Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. J. M. Delgado O.", Jefa de la Sección de Antropología Jurídica, Coordinadora de los Estudios de Género del I.F.D. **La Universidad del Zulia,** Jefa de la Cátedra de Derecho Agrario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Coordinadora de la Red Venezolana sobre Violencia contra la Mujer. Coordinadora de la Red Universitaria Venezolana de Estudios de las Mujeres (REUVEM).

[1] Curiosamente, el Fiscal General de la República, Doctor Julián Isaías Rodríguez, quien participó como constituyente en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, fue uno de los defensores de que la Constitución, luego aprobada por el Referéndum realizado el 15 de diciembre del mismo año, consagrara la igualdad de géneros.

39, numerales 1, 3 y 5 de la Ley sobre Violencia contra la Mujer y la Familia, intentado por el Fiscal General de la República ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en nombre de la Red Venezolana sobre Violencia contra la Mujer (REVIMU) y a título personal, en ejercicio de la ciudadanía plena que consagra la Constitución Bolivariana de Venezuela a todas las mujeres del país, presentamos los INFORMES ORALES ante la Sala Constitucional y agregamos el escrito contentivo de los mismos.

En este artículo volvemos sobre algunos de nuestros planteamientos orientados a consolidar la justicia de género en Venezuela, en el marco del artículo 2 de la Constitución Bolivariana de Venezuela, aprovechando la oportunidad de que aún no ha sido decidido el Recurso interpuesto, sin que nos anime ningún sentimiento negativo hacia el Fiscal General de la República como persona.

1.1 *ALEGATOS DEL FISCAL*

El Fiscal General de la República Bolivariana de Venezuela, Julián Isaías Rodríguez, alega en su Recurso –el cual resumimos por razones comprensibles– que las normas impugnadas: a) violan las disposiciones constitucionales relativas a la defensa y al debido proceso, pues permiten que órganos administrativos dicten medidas que afectan derechos esenciales del hombre, tales como: la inviolabilidad del hogar doméstico, la presunción de inocencia y la libertad, sin que se le conceda al "denunciado" la oportunidad para alegar y defenderse; b) que las normas impugnadas violan la disposición constitucional (Artículo 49, numeral 4) sobre el derecho a ser juzgados por nuestros jueces naturales. En el caso concreto, alude el Fiscal, "(...) las medidas establecidas en los numerales 1, 3 y 5 son verdaderas medidas de coerción personal que coartan el disfrute de derechos constitucionales, tales como la libertad, la inviolabilidad del hogar doméstico y la presunción de inocencia", por tanto deben ser dictadas por órganos jurisdiccionales; c) que las normas impugnadas, específicamente, la contenida en el numeral 3 del artículo 39 de la Ley sobre Violencia Contra la Mujer y la Familia (arresto transitorio), la cual según la ley parcialmente impugnada, puede ser impuesta por los órganos receptores de denuncia, contraría el derecho a la inviolabilidad de la libertad personal previsto en el artículo 44, numeral 1 de la Constitución Bolivariana de Venezuela; d) que las normas impugnadas violan el principio de supremacía de la Constitución pues, promulgada la ley atacada en el marco de la Constitución de Venezuela de 1961, ya derogada, no guardan la debida sujeción con los postulados que proclama la Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999; e) que la norma contenida en el artículo 39, numeral 3 de la Ley sobre Violencia contra la Mujer y la Familia, al

permitir a los órganos receptores de denuncia que acuerden medidas de privación de libertad, quebranta el principio constitucional de separación de poderes, pues tal atribución es propia del Poder Judicial, bien en ejercicio de su poder cautelar o en ejercicio de su poder punitivo. Ello produce, según el Fiscal, una usurpación de funciones por parte de los órganos que no están insertos en la estructura del Poder Judicial. Tal violación del principio de separación de poderes se evidencia también con el artículo 32 de la ley parcialmente impugnada, ya que dicho artículo contraviene lo establecido en el artículo 285 del Código Orgánico Procesal Penal, y es esta norma adjetiva y no la ley especial la que debe seguirse para la denuncia, debiendo realizarse ante el Ministerio Público o ante un órgano de policía de investigaciones penales y no ante los órganos receptores descritos en el artículo 32 de la Ley sobre Violencia contra la Mujer y la Familia; f) que las normas impugnadas violan la norma constitucional que prevé el principio de legalidad quebrantado por el artículo 39, numeral 3 de la ley impugnada, ya que desconoce el derecho constitucional de inviolabilidad a la libertad personal, asimismo, cuando transgrede los principios relativps a las medidas de coerción personal establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal.

1.2 *LOS ALEGATOS DE LA RED VENEZOLANA SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (REVIMU)*

Por nuestra parte consideramos que el Fiscal General de la República se equivoca cuando considera que los órganos contemplados en el artículo 32 de la Ley sobre Violencia contra La Mujer, son meros órganos administrativos. Los órganos que desmerita el Fiscal y que la ley impugnada denomina "órganos receptores de denuncia", son órganos administrativos –es cierto– pero esos órganos administrativos sirven a la investigación criminal o penal, a la seguridad ciudadana, al resguardo y protección de la integridad de las personas y al aseguramiento de los responsables de los hechos punibles, por disposiciones expresas de leyes especiales (cuyo análisis y aplicación son obviados por el Fiscal). De tal manera que esos órganos intervienen en la investigación penal, en el proceso penal, por disposición expresa de ley. Tal es el caso de la Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas publicada en la Gaceta Oficial Nº 5.551, de fecha 9 de noviembre de 2001. Dicha ley promueve –según lo expresado en su Exposición de Motivos–, la idea de "una mejor configuración de la investigación criminal frente a la impunidad (...) que permita garantizar la labor de investigación criminal como uno de los pilares fundamentales de la potestad del Estado de administrar justicia (...)"; y establece en el Capítulo II, Sección III que son órganos de apoyo a la investigación

criminal, entre otros, "1. Las policías estadales, municipales y los servicios mancomunados de policía (...) 14. Los demás que tengan atribuida esta competencia mediante ley especial". Y el artículo 15 de la misma ley establece que corresponde a los órganos de apoyo a la investigación penal, en el ámbito de su competencia, "(...) 4. Identificar y aprehender a los autores de los delitos en casos de flagrancia y ponerlos a disposición del Ministerio Público (...). 7. Las que les sean atribuidas por la Ley".

Al hilo de lo dicho, el Decreto Ley 1.453 de Coordinación de Seguridad Ciudadana publicado en la Gaceta Oficial Nº 37.318 de fecha 6 de noviembre de 2001, promulgado en el marco de la Constitución de 1999, entiende por seguridad ciudadana "(...) el estado de sosiego, certidumbre y confianza que debe proporcionarse a la población, residente o de tránsito, *mediante acciones dirigidas a proteger la integridad física y propiedades"* (énfasis añadido). La Ley *in commento* está en perfecta consonancia con lo dispuesto en el artículo 332 de la Constitución Bolivariana de Venezuela que apunta a la organización de los órganos de seguridad ciudadana como medio *para garantizar la protección de los ciudadanos y las ciudadanas, de sus hogares y sus familias en el disfrute pacífico de las garantías y los derechos constitucionales.*

Esos órganos de seguridad ciudadana son, entre otros: la policía nacional, la policía de cada estado, las policías de cada municipio y los servicios mancomunados de policías prestados a través de las policías metropolitanas, así como el cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas. De tal manera que *los órganos* hacia los cuales el Fiscal guarda tanto reparo en los casos de violencia contra la mujer no son meros órganos administrativos como erradamente entiende el Ministerio Público, *sino órganos de apoyo a la investigación penal y órganos de seguridad ciudadana*, en los términos de la Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y del Decreto-Ley de Coordinación de los Órganos de Seguridad Ciudadana, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 110 del Código Orgánico Procesal Penal y en el marco del artículo 332 de la Constitución Bolivariana de Venezuela.

Por otra parte, cuando tales órganos actúan en el marco de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley sobre Violencia Contra la Mujer y la Familia se entiende que lo hacen por delegación automática del Ministerio Público en los términos del artículo 114 del Código Orgánico Procesal Penal y en acato a lo dispuesto en el artículo 55 de la Constitución Bolivariana de Venezuela, que expresan lo siguiente:

> Artículo 114. Subordinación. Los órganos de policía de investigaciones deberán cumplir siempre las órdenes del Ministerio Público, sin

> perjuicio de la autoridad administrativa a la cual están sometidos. La autoridad administrativa no podrá revocar, alterar o retardar una orden emitida por el fiscal. Si el fiscal lo solicita por escrito, la autoridad administrativa no podrá separar al funcionario policial de la investigación asignada.
>
> Artículo 55. Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por la ley, frente a situaciones que constituyen amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes (...).

Además, pareciera no estar claro el Ministerio Fiscal sobre la razón que impulsa a una mujer víctima de violencia a acudir ante los órganos auxiliares de investigación penal y de seguridad ciudadana, que están más cercanos y disponibles a su domicilio que los grandes edificios del Ministerio Público: acude en busca de ayuda, de salvaguarda de su vida y la de sus hijos e hijas, de protección a su integridad y la de su familia; en pocas palabras, acude en reclamo de que sean protegidos sus derechos humanos, especialmente, el derecho a la integridad personal (física, psicológica y sexual) y a la vida, sin olvidar que *la violencia de género, mata (femicidio)*.

Esta materia de protección y garantía de los derechos humanos que asiste a la mujer víctima de violencia no sólo viene contemplada en la Constitución sino en normas expresas del derecho nacional y del derecho internacional, aprobadas por nuestro país. Así el artículo 118 del Código Orgánico Procesal Penal establece lo siguiente:

> (...) La protección y reparación del daño causado a la víctima del delito son objetivos del proceso penal. El Ministerio Público está obligado a velar por dichos intereses en todas las fases. Por su parte, los Jueces garantizarán la vigencia de sus derechos y el respeto, protección y reparación durante el proceso. Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de afectado, facilitando al máximo su participación en los trámites en que ha de intervenir.

Y en el derecho internacional, las normas contenidas en la Ley Aprobatoria de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en la Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem Do Pará),

son de aplicación en el país y constituyen el marco de referencia obligatoria para toda interpretación constitucional y legislativa, en materia de violencia de género[2] o violencia contra las mujeres.

De tal modo –volviendo al artículo 118 del COPP– que es también un fin del proceso penal la protección de la víctima y tal protección debe darse en todas las fases de la investigación criminal. A ello propenden las medidas cautelares, a proteger a la víctima, por lo que no entendemos la ceguera del Ministerio Público ante los casos de delitos de violencia contra la mujer, al impugnar las normas de la Ley sobre Violencia contra la Mujer y la Familia que permiten concretar de manera efectiva e inmediata esa protección, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 de la Constitución Bolivariana de Venezuela y 23 del mismo Código Orgánico Procesal Penal.

> Artículo 30. El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, y a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios. El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo. El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados.
>
> Artículo 23. Protección de las víctimas. Las víctimas de hechos punibles tienen el derecho de acceder a los órganos de administración de justicia penal de forma gratuita, expedita, sin dilaciones indebidas o formalismos inútiles, sin menoscabo de los derechos de los imputados o acusados. *La protección de la víctima y la reparación del daño a la que tengan derecho serán también objetivos del proceso penal*. Los funcionarios que no procesen las denuncias de las víctimas de forma oportuna y diligente, y que de cualquier forma afecte su derecho de acceso a la justicia, serán acreedores de las sanciones que les asigne el respectivo Código de Conducta que deberá dictarse a tal efecto, y cualesquiera otros instrumentos legales.

Esas medidas que ataca el Ministerio Público porque pudieran ser proveídas antes de la intervención de la autoridad judicial por parte de los órganos auxiliares de la investigación criminal en resguardo de la vida e integridad de la mujer víctima de violencia y de su familia, son acordadas contra un sujeto

[2] No es inútil acotar que la violencia de género es aquella que se ejerce contra las mujeres sólo por el hecho de ser mujeres.

agresor que aprovecha su especial cercanía con la víctima (la escena puede llamarse: cuando se duerme o se ha dormido con el enemigo) para cometer el delito y que normaliza *la flagrancia*[3] *(flagrancia continuada si se me permite la expresión)* haciendo uso de un espacio privilegiado que resguarda su conducta delictiva, lo que el Fiscal denomina *"el hogar doméstico*", por una parte; y, por la otra, son medidas de protección de los derechos humanos de la mujer víctima de violencia.

Las medidas cautelares, como sostuvimos en la Audiencia Oral ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el procedimiento de Recurso interpuesto por el Fiscal:

> (...) tienen su asidero en la Constitución. El Estado venezolano es un Estado democrático y social, de Derecho y de Justicia, en los términos del artículo 2 de la Constitución Bolivariana de Venezuela. El calificativo "social" expresa un principio teleológico y político, un principio de acción que, entre otros fines y objetivos, persigue eliminar o allanar los obstáculos que impiden la efectividad de la igualdad, y el de velar por las personas y grupos que de manera transitoria o permanente están en situación de inferioridad vital, como es el caso de las mujeres. El Estado venezolano garantizará a toda persona (Artículo. 19 CBV), léase también, a las mujeres, 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. Toda persona (Artículo 20 CBV), y las mujeres somos personas, tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que se derivan del derecho de los demás y del orden público y social (...).

Resumiendo, el Recurso intentado por el Fiscal es un recurso infeliz e innecesario, ya que las deficiencias y contradicciones denunciadas pudieron ser superadas con una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico aplicable,

[3] En la totalidad de los casos de violencia contra la mujer que llegan a los órganos de denuncia descritos en el artículo 32 de la Ley Sobre Violencia contra la Mujer y la Familia, puede constatarse la indubitable individualización del sujeto-agente del delito. En la actualidad adelantamos un estudio sobre la flagrancia en los delitos de violencia contra la mujer y la familia que será publicado próximamente.

lo que hubiera evitado cualquier debilidad legislativa y dejar a las mujeres, víctimas de los delitos tipificados en la Ley sobre Violencia contra la Mujer y la Familia, en un estado de absoluta vulnerabilidad e indefensión, a los delincuentes agresores en un estado de absoluta inmunidad y a los delitos de violencia contra la mujer y la familia, en un estado de total impunidad.

En nuestros informes, aparte de rechazar con argumentos de estricto derecho los alegatos del Fiscal, solicitamos la interpretación sistemática de las normas nacionales e internacionales sobre el tema controvertido y reclamamos, también, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a la hora de decidir el Recurso interpuesto por el Fiscal, una *Justicia de Género,* en los términos que transcribimos:

> (...) Convencida de que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por imperio de la ley, está obligada a colaborar en la construcción de una sociedad más respetuosa con los valores de igualdad sexual y de libertad para que sean una realidad, debiendo velar porque se garanticen los derechos humanos (y los derechos de las mujeres son derechos humanos), estando atenta a las necesidades y al sentir de un conglomerado que constituye más del cincuenta por ciento (50%) de la población nacional, sector vulnerable en el caso que nos ocupa, sería menester para lograr una decisión justa en la presente causa que los jueces tengan presente una sociedad que ha creado jerarquías, desvalorizando la experiencia de las mujeres. Es necesario que tan distinguidos Jueces tengan presente que la dominación masculina está inscrita en el cuerpo femenino a través de actitudes y prácticas diversas que pueden llevar a la violencia –como de hecho ocurre–. Deben mostrarse sensibles a la realidad social, lo que hará del Poder Judicial, como acertadamente ha sostenido la ius filósofa Ana Rubio Castro,[4] un poder atento a las particularidades de la desigualdad entre los sexos, al tiempo que los situaría ante una cuestión clave: ¿en qué medida este concepto, categoría, interpretación o práctica judicial participa o reproduce la desigualdad sexual?
>
> Únicamente corrigiendo el dominio social y haciendo visibles los elementos formales y materiales que lo ocultan, reproducen o cola-

[4] Castro R., Ana. "Las teorías de la argumentación jurídica y las sentencias lamentables", en Élida Aponte Sánchez, editora, *Temas de Conocimiento Alternativo: más género, más libertad, más ciencia.* Maracaibo**,** CONDES-La Universidad del Zulia, 2002.

> boran podremos hacer de la decisión judicial un instrumento de justicia y de no violencia contra las mujeres y la sociedad. Hacer justicia social es hacer justicia con las mujeres. De tal manera que la dogmática jurídica no puede estar cerrada al pensamiento crítico como se desprende de varias sentencias de la Sala Constitucional, así como de otras Salas y Tribunales del país, y el pensamiento jurídico feminista es parte de ese pensamiento crítico (...).

2. ¿QUÉ ES LA JUSTICIA DE GÉNERO?

El artículo 2 de la Constitución Bolivariana de Venezuela establece que:

> Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de *Justicia*, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, *la justicia*, *la igualdad*, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político (énfasis añadido).

Al margen de las diversas consideraciones teóricas, lo expuesto en el artículo 2, es la consagración del Estado Constitucional Democrático en Venezuela. Ese Estado Constitucional democrático no representa un simple perfeccionamiento del Estado de Derecho democrático que promoviera la Constitución de 1961 y las Constituciones anteriores, sino su transformación radical y superadora.[5] Dicho artículo debemos ponerlo en conexión con los artículos 19, 20 y 21 del texto constitucional que establecen lo siguiente:

> 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.
>
> Artículo 20. Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social.

[5] Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Traducción de Marina Gascón, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho. Valladolid, Editorial Trotta S.A., 1999, p. 33.

> Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia:
>
> 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
>
> 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que *la igualdad ante la ley sea real y efectiva*; adoptará medidas positivas a favor de las personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerados; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (...).

Hemos pasado del positivismo jurídico acrítico como ciencia de la legislación positiva o Estado de Derecho legislativo a un Estado en el cual la ley viene sometida, subordinada totalmente, a un estrato más alto de derecho establecido en la Constitución. En otras palabras, el Estado constitucional propende a la gran objeción al positivismo, ello es, a la *justicia,* por medio de un proceso aplicativo del Derecho que opera directamente con valores, convirtiéndose los jueces y las juezas en garantes de la efectividad del orden jurídico, mirando en todo tiempo y circunstancia a la Constitución.

La sujeción del(a) juez(a) a la ley ya no es, como bien lo anota Ferrajoli, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuera su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución.[6] Esa coherencia remitirá siempre a la valoración del(a) juez(a) y en la valoración, estarán presentes –ojalá que cada día en menor cantidad– los prejuicios, miedos y creencias sexistas de las que están imbuidos los(as) operadores(as) de la justicia y la sociedad en general.

El Estado Constitucional que define el artículo 2 de la Constitución venezolana, en concordancia con el artículo 21, *ejusdem*, reclama la contribución de un pensamiento crítico filosófico que nos permita evaluar la sociedad, las instituciones, la política, las leyes, etc., como justas o injustas. Que nos permita

---

[6] Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La Ley del más débil.* Colecc. Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Madrid, Editorial Trotta S. A., 1999, p. 26.

evaluar cómo éstas distribuyen los deberes y los derechos, las cargas y los beneficios entre los hombres y las mujeres. Dentro de ese pensamiento crítico, la teoría jurídica feminista es la asignatura de consulta obligatoria.

Clare Dalton expresa lo que es la teoría feminista del derecho, con una aclaración de lo que supone ser feminista hoy en día:

> Ser feminista es la creencia de que pertenecemos a una sociedad, o incluso civilización en que las mujeres han estado subordinadas por y para los hombres, y que la vida sería mejor, ciertamente para las mujeres, pero quizá también para los hombres, si esto fuera diferente. El feminismo es la línea de investigación y de actividad comprometida y destinada a: 1) describir la subordinación de las mujeres, explorando su naturaleza y extensión; 2) dedicada a cuestionarse el "como" –a través de qué mecanismos– y el "porqué" –a través de qué complejas e interconectadas razones–, las mujeres continúan ocupando esta posición; y 3) pretende un cambio. Estar comprometida con el pensamiento jurídico feminista es ser una feminista que centra su investigación y actividad en el sistema jurídico.[7]

3. LA JUSTICIA PARA LA TEORÍA JURÍDICA FEMINISTA

En el feminismo hablamos de una justicia en la cual se hace énfasis sobre su dimensión estructural, social y, por tanto, pública y política. Entendemos que lo que se busca con la justicia que proclama el Estado Constitucional es relacionar lo público y lo privado, lo político y lo personal para superar las dicotomías con la cuales se construyó el pensamiento liberal clásico y que nacieron sexualizadas. Ha sido el feminismo el que ha des-construido ese pensamiento y ha denunciado la ideología de dominación que le sirve de fundamento.

> (...) nuestro pensamiento se ha estructurado en torno de series complejas de dualismos o pares opuestos: racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/particular. Estos pares duales dividen las cosas en esferas contrastantes o polos opuestos (...)[8]

---

[7] Dalton, Clare. *Where we stand: Observations on the Situation of Feminist Legal Thought*, en Frances Olsen, editor, Feminist Legal Theory, Tomo I, Aldershot, Darmouth, 1995, p. 4.

[8] Olsen, Frances. *El sexo del Derecho* en *Identidad Femenina y Discurso Jurídico.* Buenos Aires, Editorial Biblos, 2000, p. 25.

Es la teoría jurídica feminista (que es crítica en el sentido marxista de la palabra) la que ha puesto de manifiesto, por ejemplo, cómo la justicia construida por todas las formas de Estado, bien sean de izquierda, de derecha o liberales, *han descuidado la esfera del hogar y de la familia*, centrando sus esfuerzos en la justicia de la sociedad. Y ello ha sido así porque el feminismo ha examinado el derecho vigente en todas sus manifestaciones, ha confrontado ese derecho con las consecuencias igualitarias que pretende y ha demostrado que las cualidades que se valoran desde el punto de vista masculino no son los patrones de la relación adecuada y real entre la vida y la ley.

En la tarea des-constructiva que el feminismo jurídico ha realizado durante los últimos treinta años, se ha valido de la categoría de *género*, lo que le ha permitido analizar las características que socialmente se atribuyen a los hombres y a las mujeres como representantes de uno y otro sexo; características que describen roles, que permiten adscribir espacios y atributos, y que son institucionalizadas por el Derecho.

> Los roles de género son las funciones que el grupo social asigna a los varones y a las mujeres, basadas en actitudes y expectativas sobre la forma de ser, sentir y actuar de unos y otras en las distintas esferas de la vida familiar, sexual, reproductiva, política o productiva. Para actuar los roles se identifican espacios masculinos y femeninos. Por lo general el ámbito público (la calle, la política) se asocia a lo masculino, mientras que el privado (la casa) con lo femenino. Hay también atributos o características de personalidad que se suelen identificar con los roles. De esta forma, se consideran atributos femeninos la dulzura, la delicadeza, la debilidad, la emoción, el sacrificio, la renuncia, la inclinación por el cuidado de otros, la inclinación por las tareas domésticas y manuales o la menor capacidad para la abstracción. En cambio lo masculino se asocia a la agresividad, a la fuerza, el egoísmo, a la competitividad, a la razón, a una mayor capacidad de abstracción, entre otros.[9]

Ahora bien, uno de los temas más ilustrativos para confrontar la justicia enunciada (esa que recogen las constituciones y leyes) con la justicia de género es el tema de la violencia contra la mujer; y los Recursos, que como el intentado por nuestro Fiscal General, son propuestos ante la justicia constitucional y la justicia

[9] Jaramillo, Isabel C. *La crítica feminista en el Derecho*, en Robin West: *Género y Derecho*, Bogotá, Ediciones UNIANDES-Siglo del Hombre, Editores, 2000, p. 29.

ordinaria. Quien lea, en el caso seleccionado, el escrito del Fiscal, podrá tomar conocimiento de algunos aspectos que no deben pasar inadvertidos:

Primero: el lenguaje utilizado en el escrito contentivo del Recurso aludido es un lenguaje sexista, contrario al lenguaje que impone la Constitución Bolivariana de Venezuela.[10] Un ejemplo que no agota la observación es que el Fiscal para referirse a la víctima habla de "el afectado" o "el denunciante" y para referirse al victimario lo denomina "el denunciado", invisibilizando a través del lenguaje que la víctima, en el caso de la Ley sobre Violencia contra la Mujer y la Familia es *una mujer*, por lo que debiera hablar de "la afectada" o "la denunciante".

Segundo: el Fiscal hace referencia a *la inviolabilidad del hogar doméstico* (noción que pertenece a la retórica de la privacidad) como derecho afectado por la aplicación de las medidas cautelares, dándole el mismo rango que los derechos de presunción de inocencia y de libertad. Como sabemos, la noción de inviolabilidad del hogar doméstico es ilustrativa del modelo de sociedad patriarcal, en el cual la desigualdad puede ser definida en términos no de discriminación arbitraria sino en términos de dominación. Es en el hogar donde el hombre consolida su supremacía masculina, su poder conyugal, es decir, el poder que el varón ejerce como varón y no como padre.

> Las relaciones de poder en el seno del grupo familiar, al igual que en cualquier otro grupo social, suponen dominación, y ésta puede estar sostenida por medios tan diversos como la coerción y el castigo.[11]

El hogar ha sido tradicionalmente tenido como un espacio femenino, un espacio en el cual las violaciones a los derechos humanos parecieran no interesar al Estado. Y han sido la noción de la inviolabilidad del hogar doméstico como un espacio restringido para la justicia, aunada a los patrones de actuación que configuran las prácticas regulares de la organización de justicia penal, ajenos a la

[10] Lenguaje que ha sido puesto en el trastero por los distintos representantes del poder público, incurriendo con tal conducta en la inobservancia de la Constitución y en un ejercicio activo del desconocimiento del derecho que asiste a las mujeres de Venezuela de no ser invisibilizadas. Incluso, la socorrida formulita –producto de una mente misógina– de que cuando se utiliza el masculino, se incluye al femenino, es inconstitucional; y demuestra que quien la utiliza no ha leído nunca la Exposición de Motivos de la Constitución Bolivariana de Venezuela y, mucho menos, el texto constitucional; ni qué decir de las recomendaciones de la UNESCO y otros instrumentos internacionales.

[11] Dorola, Evangelina. *La naturalización de los roles y la violencia invisible*, en Eva Giberti y Ana María Fernández, Compiladoras, *La mujer y la violencia invisible.* Buenos Aires, Editorial Suramericana, 1992, p. 195.

situación concreta de las mujeres en el hogar, las excusas propicias para mantener en la impunidad los delitos de violencia contra la mujer; excusa, que en el caso del Recurso referido, es evidente. Ello sin tomar en cuenta el tratamiento judicial que se da los delitos de violencia, especialmente, de violencia sexual.

> La perspectiva "masculinista" del problema deja a las mujeres muy mal paradas. ¿Cómo hablar para que les crean? ¿Con quién hablar que no se erija en juez de sentencia y las culpe desde el vamos? ¿Dónde hallar apoyos para procesar lo padecido en un medio que, al mismo tiempo que define la violación como un acto excepcional, vandálico y aberrante, digno de la mayor de las condenas, cuando se ocupa de una violación concreta desliza sin escrúpulo las argumentaciones por la pendiente de lo erótico e invierte los lugares de víctima y victimario?[12]

Tercero: es insistente el interés del Fiscal de privilegiar el derecho de libertad del victimario frente al derecho de integridad personal y el derecho a la vida de la víctima, en una clara interpretación de derechos, contraria a lo establecido en los artículos 2 y 21 de la vigente Constitución. En otras palabras, pareciera crear el Fiscal una contraposición entre la justicia concreta (igualdad material) que reclama la mujer víctima de violencia y la libertad del victimario, resolviendo la contraposición a favor de este último, reclamando una justicia que supone –siempre y en todos los casos– cometer injusticia contra la mujer.

Con su Recurso, el Fiscal mantiene la matriz formalista dominante en el pensamiento moderno.

> En ella el derecho como fenómeno y la justicia como aspiración encuentran su razón de ser en la forma, y no en la realidad. Lo que importa para la consideración jurídica y para la justicia legal no es el mundo de la existencia de lo que ocurre en el campo de la realidad y del ser, sino el mundo del deber ser, el que habita en las normas ajenas y lejanas muchas veces del sentir, y de las necesidades reales y tangibles de los seres humanos. Desde este paradigma positivista se construye el concepto de verdad jurídica. Lo que prima es la verdad contenida en la armazón lógico-simbólica estructurada en codificaciones y en sistemas ordenados de normas, no importando en qué medida representen a los hechos que ocurren en la realidad. El proceso de construcción de esa verdad lógica se preocupa más de guardar

[12] Hercovich, Inés. *El enigma sexual de la violación*. Buenos Aires, Biblos, 1997, p. 27.

> la armonía y coherencia del conjunto de normas legales, que de armonizar las normas con criterios de realidad. Así la ideología legalista como expresión del formalismo y de la concepción formal de justicia en cuanto creencia de que la verdad se encuentra en la ley plantea en el fondo un falso criterio de construcción de verdades.[13]

Frente a esa concepción de la justicia, las mujeres reclamamos otra justicia que atienda a nuestras necesidades y situaciones concretas, en especial, de las mujeres víctimas de violencia. Reclamamos una justicia que tome en cuenta nuestra experiencia, que tome no la equidad sino la liberación como su ideal último. Es lo que hemos denominado la justicia de género.

> La justicia para las mujeres sigue siendo un objetivo a lograr, y es improbable que se consiga a través de la igualdad formal, porque la forma en que la sociedad está estructurada es el resultado de una historia en la que las mujeres estaban legalmente subordinadas y en la cual se daba por supuesto que su papel natural era prestar servicios sexuales y domésticos (incluyendo la importante tarea social de cuidar a los hijos e hijas) a cambio de una seguridad económica que implica depender de los hombres.[14]

CONCLUSIÓN

Creemos que el Recurso intentado por el Fiscal General de la República contra varios artículos de la Ley sobre Violencia Contra la Mujer y la Familia es una excelente oportunidad para que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (integrada en su casi totalidad por hombres), al sentenciarlo, haga aplicación de la justicia de género, en el marco de lo dispuesto en artículo 2 y 21 de la Constitución Bolivariana de Venezuela y de los instrumentos legales referidos, instrumentos que constituyen la vía para el logro de la igualdad sin discriminación.

También es una excelente oportunidad para que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia haga realidad las resoluciones y compromisos asumidos para el logro de la justicia de género aprobadas en el Encuentro de Magistradas de las distintas Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justi-

---

[13] www.nodo50.org/mujeresred/violencia-contra/html, día de consulta: 17 de agosto de 2004.
[14] Okin Moller, Susan. *Liberalismo, política, justicia y género*, en *Perspectivas feministas en teoría política*, España, Editorial Paidós 1994, p. 146.

cia de los países de América y del Caribe, llevado a efecto en Panamá el 5 de diciembre del año 2001 y donde nuestras Magistradas se comprometieron a:

> (…) 3. Propiciar el diseño de un módulo de sensibilización en género, dirigido a los magistrados de los altos órganos del sistema de justicia y autoridades administrativas superiores de cada país representado (...). 4. Propiciar la incorporación de la perspectiva de género en los programas de formación inicial de las Escuelas Judiciales y Centros de Capacitación continua de jueces, juezas y auxiliares judiciales. 7. Instar a las Cumbres de Presidentes de Cortes Supremas de Justicia, de Tribunales Constitucionales y de Consejos Superiores de la Judicatura de Iberoamérica a que en sus iniciativas y proyectos contemplen la perspectiva de género.[15]

La Ley cuya nulidad parcial reclama el Ministerio Público avanza hacia la justicia y no se conforma con el igual trato ante las leyes, es decir, propone la igualdad material, justa aspiración proclamada en la Constitución Bolivariana de Venezuela (Aponte, 2004: 33), sin que con ello afirmemos que sea una ley perfecta y que no pueda ser mejorada.

[15] www.ilanud.or.cr/Magistradas/resolución2.pdf, día de consulta: 20 de agosto de 2004.

Ortega y Gasset y la superación de la filosofía moderna

Camilo ARCAYA ARCAYA*

SUMARIO:

1. **La filosofía es retirada hacia la realidad radical.**
2. **Tesis sustancialista: las cosas independientes de mí.**
3. **La *cogitatio* o conciencia como realidad radical.**
4. **Crítica a Descartes y a la filosofía moderna en general.**
5. **Del ser real al ser probable.**

1. LA FILOSOFÍA ES RETIRADA HACIA LA REALIDAD RADICAL

Ortega considera que la filosofía se debe tomar con la misma actitud que adoptamos al trazar un círculo. Tanto en filosofía como en geometría no existe ninguna razón que nos recomiende empezar por un punto determinado, como

* **Universidad Central de Venezuela,** Licenciado en Filosofía, Candidato a Doctor en Filosofía, *Escuela de Filosofía*, Profesor (1978-1983). **Universidad Simón Bolívar**, Magíster en Filosofía. **Instituto Pedagógico de Caracas**, Profesor de Filosofía (1998-1999). **Universidad Yacambú,** Barquisimeto, Venezuela, *Facultad de Humanidades*, Decano (2002-2003).
Las citas de José Ortega y Gasset se harán a base de sus Obras Completas, Revista de Occidente, Madrid, sexta edición 1963, de aquí en adelante O.C. T. y p., salvo indicación expresa.

acontece con toda figura que empieza y termina en sí misma. Es decir, que en rigor, la filosofía no empieza ni termina en ninguna parte, sino que se cierra. La filosofía es una realidad circular. El conjunto de ideas que la constituyen tienen entre sí jerarquías que se apoyan y funden unas en otras, con un orden que les es propio, independiente de nuestro capricho. La filosofía no empieza con ninguna idea determinada que no tenga antes de sí otra gran cantidad de ideas. La filosofía no tiene un orden de empezar y acabar. Para Ortega esto trae una dificultad peculiar cuando se trata de transmitir a otros una filosofía. Hay una incongruencia esencial entre la filosofía y su exposición. Transmitirla es decirla, y comunicarla es una operación que empieza en un punto y termina en otro. Cuando enunciamos una primera idea o proposición o enunciado A, este enunciado tendrá una faz o significado distinto cuando se concluya el circuito de las proposiciones, es decir, cuando se vuelva a ella vista por su reverso.[1]

Para W. D. Ross,[2] el motivo que inspiró a Aristóteles desde un extremo al otro de la Metafísica era el deseo de adquirir un conocimiento que mereciera el nombre de sabiduría. En esa obra describió la ascensión del espíritu humano, que se eleva de la sensación a memoria, experiencia, arte, ciencia, y culmina en la exigencia de un saber supremo, que sería la ciencia de los primeros principios y las primeras causas.[3]

La propuesta sobre el punto de partida en filosofía elaborada por Descartes, difiere de la elaborada por Aristóteles. La fórmula de Descartes consistió en describir la filosofía como un árbol, en el cual sus raíces son la metafísica, el tronco la física, las ramas son todas las demás ciencias, las tres principales de las cuales son la medicina, la mecánica, la moral; estos elementos que aprendemos en último lugar permiten obtener del árbol de la filosofía sus frutos.[4]

En Ortega, la idea de vida, especialmente como *mi vida*, es el objeto metafísico contemporáneo por excelencia. Según Ortega, vivir es encontrarse en el mundo, hallarse envuelto y aprisionado por las cosas en cuanto circunstancias. Pero la vida humana no es sólo este hallarse entre las cosas como una de ellas, sino saberse viviendo. La vida no es ninguna sustancia; es actividad pura. No tiene naturaleza como las cosas que están ya hechas, sino que tiene que hacer-

[1] O.C. T. VI, p. 377; O.C. T. IX, p. 349 y ss; José Ortega y Gasset *Sobre la Razón histórica*, Alianza Edit., Madrid, 1983, p. 21.
[2] W.D. Ross, Aristóteles, Edit. Charcas, Buenos Aires, 1981, p. 222.
[3] Aristóteles, *Metafísica,* I, 980ª.
[4] R. Descartes *Carta-prefacio Principios de Filosofía* AT, IX-2 cita de R. Descartes, Oeuvres en Ch. Adams y P. Tannery (eds.). Paris, Vrin, 1973-78, 13 volúmenes.

se constantemente a sí misma. Por tal motivo, la vida es futurización, necesariamente un continuo proyecto sobre lo posible, sobre lo que aun no es y me trasciende. La vida es también tiempo, mas un tiempo histórico, un tiempo modal que sólo tiene que ver analógicamente con el tiempo del mundo, de las cosas, de las circunstancias. Por eso la vida no es nunca algo determinado y fijo en el tiempo, sino que consiste en este continuo hacerse, en la realización de su programa, es decir, de su mismidad.[5]

Para Ortega, lo que solemos llamar mundo real o exterior no es auténtica y primaria realidad, lo trascendente con lo que el hombre se encuentra, sino que es una interpretación dada por él a esa realidad, es un sistema de creencias. Las creencias son todas aquellas cosas con que absolutamente contamos. No se puede vivir sin alguna instancia última cuya plena vigencia sintamos. La mayor porción de las creencias la hemos heredado y establece un piso conocido a nuestra existencia. En todo momento, nuestra vida está asentada sobre un repertorio de creencias latentes. Pero hay situaciones ante las cuales nos encontramos sin creencia firme. Nos encontramos que no tenemos un fundamento sólido y no tenemos más camino que hacernos una idea. Los huecos de nuestras creencias son el lugar en el cual insertan su intervención las ideas.[6]

Es de notar que con este calificativo van incluidas todas las ideas: las vulgares, las científicas y las religiosas. Porque realidad plena y auténtica no nos es sino aquello en que creemos. Para Ortega, las ideas nacen de la duda, es decir, en un vacío o agujero de creencia. Las ideas son, pues, las cosas que nosotros de manera consciente construimos, elaboramos, creamos, inventamos, precisamente porque no creemos en ellas. Pensaba que esta formulación era la más justa, más hiriente, que menos escape dejaba a la cuestión de cuál era el extraño y sutilísimo papel que jugaban en nuestra vida las ideas. Estas ideas se consolidan en creencia para una sociedad y una época. Creer en una idea significa creer que es la realidad, por tanto, dejar de verla como mera idea.[7]

Lo que ingenuamente llamamos *mundo exterior,* ya no es la realidad primaria y desnuda de toda interpretación humana, sino que es lo que creemos, con firme y consolidada creencia, que es la realidad. Por eso en pureza no se debiera llamarla mundo, sino un enigma que se presenta a nuestro existir. A este enigma reacciona el hombre haciendo funcionar su aparato intelectual, que es, sobre

[5] O.C. T. V, pp. 83, 95, 347; T. VI, 13, 32, 347.
[6] O.C. T. VI, p. 405.
[7] O.C. T. VI, p. 394.

todo, imaginación. Crea el mundo matemático, el mundo físico, el mundo religioso, moral, político, filosófico, que son efectivamente mundos, porque tienen figura y son un orden, un plano.[8]

Todo lo que en ese mundo real encontramos de dudoso o insuficiente nos obliga a hacernos ideas sobre ello. A estas perspectivas individuales Ortega también las denominó ideas y ellas forman los *mundos interiores*, en los cuales vivimos conociendo que son invención nuestra, de la misma manera como vive una descripción geológica de un territorio. El mundo del conocimiento es sólo uno de los mundos interiores. Al lado de él están los mundos de la religión, la poesía y el de la experiencia de vida, entre otros. Pero estos mundos imaginarios no deben tomarse por la realidad misma por más acoplados que los construyamos.[9]

Para vivir el hombre tiene que hacer algo, tiene que habérselas con lo que le rodea. Mas, para decidir qué es lo que va a hacer con todo eso, necesita saber a qué atenerse respecto a ello, es decir, saber qué es. Como lo trascendente no le descubre amistosamente su secreto, no tiene más remedio que movilizar su aparato intelectual, cuyo órgano principal, sostiene Ortega, es la imaginación. Lo que llamamos pensamiento científico no es sino fantasía exacta. Cuando ponderamos los elementos de este mundo interior inventado y fantástico como el punto matemático, el átomo, el número, la sociedad o la poesía, advertimos que la realidad no es nunca precisa y que sólo puede ser perfecto lo fantástico. De esta manera podemos anotar que esos varios mundos interiores son encajados por nosotros dentro del mundo exterior formando una enorme articulación. Esto último nos autoriza recordar que ese orden de articulación entre los mundos interiores no ha sido siempre el mismo.[10]

La física es un orbe imaginario en el cual imaginariamente trabaja el hombre, mientras, a la vez, sigue viviendo la auténtica y primaria presencia de su vida. En esta actividad nos sucede lo mismo que cuando leemos una novela. Cuando la leemos está claro que nos envuelve la presencia inmediata de la vida; pero esta realidad consiste, en el momento de la lectura, en estar cuasiviviendo en el mundo imaginario que el novelista describe.

El mundo interior que es las ciencias físico-matemáticas constituye el plano que desde hace tres siglos y medio estamos elaborando para caminar entre las

[8] O.C. T. VI, p. 400.
[9] O.C. T. VI, p. 397.
[10] O.C. T. VI, p. 405.

cosas. Ortega expresó: suponiendo que la realidad fuera tal y como yo la imagino, probemos si su resultado es bueno. La prueba es arriesgada. No se trata de un juego. Va en ello nuestra vida. ¿No es insensato hacer que penda nuestra vida de la improbable coincidencia entre la realidad y una fantasía nuestra? Es insensato, pero no es cuestión de albedrío. Podemos elegir entre una fantasía u otra para dirigir nuestra conducta y hacer la prueba, pero no podemos elegir entre fantasear o no. La prueba es tan arriesgada que ésta es la hora en que todavía no ha conseguido el hombre resolver su problema y estar en lo cierto o acertar. Lo poco que se ha conseguido ha costado milenios y se ha logrado a fuerza de errores, embarcándose en fantasías absurdas, que fueron como callejones sin salida de los que tuvo que retirarse maltrecho. Pero esos errores, experimentos fallidos y sufridos como tales, son las únicas referencias que tenemos los hombres, son lo único verdaderamente logrado y consolidado. Sabemos hoy que esas figuras de mundo imaginadas en el pasado no son realidad. A fuerza de errar se va acotando el área de posible acierto. De aquí la importancia de conservar errores, y esto es la historia.[11]

De las ideas del pensamiento individual proceden nuestras creencias, que constituyen el fundamento de nuestra vida. El pensamiento crea concepciones del mundo y de la vida que transustanciadas, superadas o transformadas en creencias, es el continente donde viven los pueblos durante cientos de años. El pensamiento hace posible la vida humana, porque permite al hombre imaginar, proyectar el porvenir, y enfrentarlo. Si toda nuestra interpretación del mundo hoy vigente se evaporara íntegramente y quedaremos sin saber a qué atenernos, ni siquiera en sus líneas generales, sucumbiríamos fulminados de terror. El pensamiento hace posible el mañana, y el mañana es tiempo. El pensamiento crea tiempo.[12]

Para Ortega, como hemos indicado antes, la vida tiene una consistencia temporal. Con esta afirmación obtenemos un primer resultado: nuestra vida es ante todo toparnos con el futuro. La vida es una actividad que se ejecuta hacia adelante, y el presente o el pasado se descubren después, en relación con el futuro. La vida es futurización, es lo que aun no es.[13]

La vida es esa realidad paradójica que consiste en decidir lo que vamos a ser, por tanto, en lo que aún no somos. El tiempo cósmico solamente es el presente,

[11] O.C. T. VI, p. 404.
[12] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica,* Alianza Edit., Madrid, 1983, p. 26.
[13] José Ortega y Gasset, *¿Qué es filosofía?,* Revista de Occidente, 1960, p. 236.

porque el futuro no es y el pasado ya no es. Muy al contrario del ser cósmico, el hombre comienza por lo de luego, por el después. Esto sería imposible si tiempo fuese originariamente el tiempo cósmico. Nuestra vida está colocada en el instante presente. Este instante que vivo es estar yo pensando lo que voy a decir; en este instante me estoy anticipando, me proyecto hacia el futuro. Para decirlo necesito emplear ciertos medios como las palabras o su escritura y ellas me las proporciona mi pasado. El pasado es real porque lo revivo, y cuando encuentro en mi pasado los medios para realizar mi futuro es cuando descubro el presente. Y todo esto acontece en un instante. En cada instante la vida se dilata en tres dimensiones del tiempo real interior.[14]

Para renovar la idea del hombre que la tradición filosófica nos ha legado, conviene superar la perspectiva según la cual, si deseamos una cosa, es porque antes la hemos visto. Entramos a un mundo que nos dota de un sistema de preferencias y desdenes, aquellos que favorecemos con el subrayado de nuestra atención y por ello estamos incesantemente amarrados con nuestra atención en el futuro. Sólo en vista de él volvemos nuestra atención al presente y al pasado para hallar en ellos los medios con que satisfacer nuestro afán.

En esta parte de nuestra exposición nos hemos concretado a dar dos pasos con Ortega. En el primero hemos anunciado que la filosofía es una realidad circular; en el segundo mostramos que es también una operación de ideas y por tanto una teoría. Para Ortega la teoría es un conjunto de conceptos, en el sentido estricto del término concepto. El concepto consiste en ser un contenido mental enunciable. La filosofía es un afán de llevar a la superficie y tornar patente y claro lo que está latente y misterioso, descubrir lo oculto y velado. En Grecia la filosofía comenzó por llamarse *alétheia*, que significa desocultación, revelación o desvelación; en suma manifestación, y manifestar. Y manifestar no es sino hablar, *légein*. Filosofar es descubrir el ser de las cosas, es decir el ser: ontología.[15]

Eso nos obliga a estudiar la diferencia del camino intelectual en la filosofía y en las ciencias. Las ciencias particulares, como las denominaba ya Aristóteles, parten de ciertos principios, de ciertas nociones. De los principios de cada ciencia el pensamiento construye hipótesis, leyes, teoremas. De éstos extrae, a su vez, nuevos supuestos, de suerte que, partiendo de los principios, el pensamiento científico conquista nuevos territorios de problemas. Las ciencias, en

[14] José Ortega y Gasset, *¿Qué es filosofía?,* Revista de Occidente, 1960, p. 256.
[15] José Ortega y Gasset, *¿Qué es filosofía?,* Revista de Occidente, 1960, p. 120.

esa marcha hacia adelante, añaden a lo alcanzado ayer nuevas verdades hoy, sin abandonar las conquistadas; es decir, las acumulan.[16]

Para Ortega, la filosofía marcha de un modo distinto a las ciencias: no acepta ninguna opinión como dada y buena sin más. Su preocupación original es asegurar la solidez de los principios. La ocupación primera de la filosofía es la crítica de los principios, de todas las opiniones que valen como últimas en la conciencia pública y en la ciencia. Siente como su tarea el dar a la vida del hombre principios últimos seguros y sólidos. Se instala en los principios para probar la firmeza de sus fundamentos. El pensamiento filosófico, teniendo como ocupación asegurar la solidez del principio, tiene que estar siempre buscando un principio más sólido que aquel que ha recibido. La duda es consubstancial con la filosofía. Bien entendido, la duda frente a toda opinión conocida y concreta. En toda nueva instauración de la filosofía se da pues, un paso hacia atrás. Su labor a lo largo del tiempo no consiste en un aumento de sí misma, en acumulación, sino en corrección radical de sí misma. Su progreso no es propiamente cumulativo. No puede serlo, porque siendo su tema el principio mismo no hay razón para que tenga hoy un cuerpo más grande que hace mil años.[17]

El saber, en tanto, va más allá de la mera constatación de lo dado aquí y ahora, es un conocimiento teorético. El conocimiento humano es teorético según su forma, en tanto tiene carácter general y, según su contenido, en tanto trasciende de lo dado en cada caso, los datos especiales de una situación del problema.[18]

El filósofo toma como problema el Universo, que es un término vasto y monolítico y mediante el cual se mienta otro concepto más riguroso: *todo cuanto hay*. Cuando pensamos el concepto *todo cuanto hay*, no sabemos qué es eso que hay; lo único en que pensamos es un concepto negativo; a saber: la negación de lo que sólo sea parte, fragmento. El filósofo se sitúa ante su objeto en actitud distinta de todo otro conocedor; primero, porque no es ninguno de los demás objetos; segundo, porque es un objeto integral, que es el auténtico todo, el que no deja nada fuera. Pero precisamente ninguno de los objetos conocidos o sospechados posee esa condición. Por tanto, el Universo es lo que radicalmente no sabemos, lo que en su contenido positivo ignoramos.[19]

---

[16] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica,* Alianza Edit., Madrid, 1983 p. 28.
[17] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica,* Alianza Edit., Madrid, 1983 p. 30.
[18] Helmut F. Spinner, *Conceptos fundamentales de filosofía,* T. III, Edit. Herder, 1979, p. 485.
[19] José Ortega y Gasset, *¿Qué es filosofía?,* Revista de Occidente, 1960 p. 114.

De esa realidad máxima o, radical, de *todo cuanto hay*, de lo que ella sea, vivimos, nos dice Ortega.[20] Toda época y cada vida individual tendrá un perfil propio en función del continente de las creencias que constituyan esa realidad radical. La teoría encargada de resolver cuál es esa realidad radical y definir en función de ella todas las demás, la llamamos filosofía. Platón nos describe, mediante el mito clásico de la *caverna*, que el hombre tiene que salir a buscar un ser más fuerte, un ser que sea más ser, y ese quehacer o búsqueda es la filosofía.[21] Aristóteles hace consistir igualmente la filosofía en la ciencia del ser en cuanto ser, de lo real en cuanto real.[22]

Para la filosofía griega lo inmediato, realidad, ser, significaba *cosa* y su conjunto, el mundo; para los modernos lo inmediato, significaba *pensamiento*, *intimidad, subjetividad*; para la filosofía de Ortega, lo inmediato es *vivir*, *intimidad consigo y con las cosas*. El mundo antiguo sólo conoció un modo de ser que consistía en exteriorizarse, abrirse u ostentarse, en ser hacia fuera. Al encuentro con el ser, esto es, la verdad, la llamaron descubrimiento, manifestación, desnudamiento. El pensamiento moderno o cartesiano consiste, opuestamente, en ser para sí, en darse cuenta de sí mismo, por tanto, en reflejarse en sí, en meterse en sí mismo. Con el punto de partida contemporáneo de *vivir* se conservan, integradas una con otra y superadas, la antigüedad y la modernidad.[23]

Para Ortega, la filosofía impone a su pensamiento lo que él llamó el imperativo de la *autonomía*. Este principio metódico significa la renuncia a apoyarse en ningún principio exterior y anterior a la filosofía misma y a la obligación de no partir de verdades supuestas. La filosofía será de esta manera un sistema de verdades que se construye sin admitir como fundamento de ella ninguna verdad que se dé por probada fuera del sistema. No hay admisión de principios que el filósofo no tenga que elaborar con sus propios medios. Toda filosofía es paradoja, se aparta de la opinión habitual que usamos en la vida, porque considera teóricamente como dudosas creencias elementales que vitalmente parecen incuestionables. En virtud del principio autonómico, el filósofo se instala sobre un núcleo de verdades primeras de las cuales no cabe dudar. Y partiendo de ellas vuelve al universo para abarcarlo íntegramente.[24]

---

[20] José Ortega y Gasset, *¿Qué es filosofía?,* Revista de Occidente, 1960 p. 110.
[21] Platón, República, VII.
[22] Aristóteles, *Metafísica,* I, 980a .
[23] José Ortega y Gasset, *¿Qué es filosofía?,* Revista de Occidente, 1960 p. 165.
[24] José Ortega y Gasset, *¿Qué es filosofía?,* Revista de Occidente, 1960 p. 112.

El principio de autonomía en la filosofía tiene como fin eliminar los supuestos o premisas no declaradas. La creencia es un supuesto que, a diferencia de la premisa, del postulado o de la hipótesis, es introducido subrepticiamente y limita o dirige el razonamiento mismo de modo simulado o escondido. El sistema de creencias elementales se transforma en reglas de inferencias no manifiestas. La eliminación de los supuestos es una exigencia que nació en la filosofía moderna como una incitación a la investigación radical o fundada en premisas declaradas. Para Ortega, el principio de autonomía que fue proclamado por Galileo Galilei y R. Descartes, entre otros, forma parte de la metodología acumulada hasta nuestros días por el quehacer de los filósofos.[25]

El otro principio que Ortega reivindica para la filosofía es el de *universalismo o pantonomía*. Para Ortega, no basta con no errar: es preciso acertar. No basta el principio de autonomía que es negativo e invita a tener cuidado, pero no a caminar. Según Ortega, la filosofía consiste en tratar y definir el Todo o Universo y cada concepto filosófico debe ser fabricado en función del Todo, a diferencia de los conceptos en las ciencias particulares que se atienen a lo que la parte es. Porque el universo, todo cuanto hay, no es cada una de las cosas que hay, sino sólo lo universal de cada cosa, por tanto, sólo una faceta de cada cosa. En este sentido, pero sólo en éste, es también parcial el objeto de la filosofía, puesto que es la parte por la cual cada cosa se inserta en el todo. El filósofo es un especialista, a saber, un especialista en universos.[26]

La lógica no conoce hasta hoy más *principios que el de identidad, contradicción, razón suficiente y del tercio excluso*.[27] Ortega aspiraba a que la filosofía tomara intelectualmente el Universo o cuanto hay.[28] Esto se podía alcanzar incluyendo el principio metódico *pantonómico* entre los principios lógicos generalmente aceptados. En la tradición filosófica sólo se estimaba como evidente la implicación entre dos pensamientos y éste no era el caso con el pensar sintético. El principio de pantonomía o universalismo sólo encontró tratamiento en algún momento del alma antigua y en el breve período filosófico que va de Kant a Hegel. La filosofía había ejercitado siempre el pensar sintético, pero hasta Kant nadie había reparado en su peculiaridad. Kant lo descubre y lo nombra, pero sólo ve en él que no es un pensar analítico, que no es una implicación. Fichte, Schelling y Hegel se hacen cargo de su evidencia, pero ignoran

[25] José Ortega y Gasset, *¿Qué es filosofía?,* Revista de Occidente, 1960 p. 113.
[26] José Ortega y Gasset, *¿Qué es filosofía?,* Revista de Occidente, 1960 p. 114.
[27] Johannes Hessen, T*ratado de filosofía,* Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1957, T.I, p. 117.
[28] José Ortega y Gasset, *¿Qué es filosofía?,* Revista de Occidente, 1960, p. 197.

aún de donde viene ésta y cuál es su régimen. Husserl ha sido, según Ortega, quien ha trabajado con más hondura el tema, pero estamos apenas al comienzo de la conquista de ese territorio.[29] Con ellos coincide Ortega cuando considera que la mejor manera de evitar el error no es estrechando el campo visual, sino, al contrario, dilatándolo máximamente, convirtiendo en imperativo intelectual, en principio metódico, el propósito de pensar el Todo. Desde Hegel se había olvidado que filosofía es ese pensamiento integral y que no es sino eso, con todas sus ventajas y, naturalmente, con todos sus fallos.[30]

2. TESIS SUSTANCIALISTA: LAS COSAS INDEPENDIENTES DE MÍ

La primera tesis radical que comprende a Grecia y su secuela medieval –salvo la idea teológica de Dios– pone como realidad el mundo o naturaleza. O, dicho en otra forma, para la filosofía griega lo que verdaderamente hay es mundo. El mundo, la naturaleza, es una gran cosa que se compone de muchas cosas menores. Pero, grande o pequeña, es siempre la *cosa*, *res* y, en última instancia, la cosa corporal prototipo del ser para esta manera de pensar. Como entonces se forjó el vocabulario de la filosofía, al modo de ser ejemplar de la *cosa*, de la *res*, se le llamó *realidad*.[31]

Tradicionalmente se ha ligado la noción de *cosa* con la de *sustancia*. La cosa, como la sustancia, tiene propiedades. Los conceptos de cosa y de sujeto pueden considerarse, desde el punto de vista histórico, como términos en los cuales se expresan ciertos sistemas de creencias o concepciones del mundo, previas a las varias filosofías alojadas en cada una de ellas. En el sentido que utiliza Ortega el vocablo "cosa", puede decirse que el pensamiento griego clásico tendió hacia el predominio de la cosa. Esto equivale al predominio de un pensar de tipo cosista o sustancialista. En general puede decirse que, en la medida en que predomina un pensamiento que toma el ser como ser en sí, predomina asimismo la noción de cosa. Aunque se admitiera que la realidad verdadera no es de naturaleza sensible, sino inteligible, a la realidad se la trataba con un lenguaje calcado sobre las cosas.

El interés por la noción de sustancia en el pensamiento griego se explica por el tipo de cuestiones que se plantearon desde los presocráticos, especialmente la cuestión acerca de *qué* **constituye** verdaderamente la realidad, o el mundo. Los

[29] O.C., T. IX, p. 351.
[30] José Ortega y Gasset, *¿Qué es filosofía?,* Revista de Occidente, 1960, p. 113; I. M. Bochenski, *Historia de la lógica formal,* Edit. Gredos, Madrid, 1967, p. 418.
[31] N. Hartmann, *Ontología I,* FCE, México, 1986, p. 65.

griegos tendían a concebir determinados atributos cardinales de la realidad en vista del cuerpo visible, que es la *cosa*, *res* por excelencia para el griego. Aristóteles insiste de manera reiterada sobre la primordialidad del ser substancial, de la *sustancia*. Para él la substancia es lo primero de todo en el orden de las categorías, del conocimiento y del tiempo. El vocablo *sustantia* corresponde al verbo latino *substo*, infinitivo *substare* y significa literalmente la estancia debajo de en el sentido del estar debajo de y de lo que está debajo de. Se supone que una sustancia está debajo de cualidades o accidentes, sirviéndoles de soporte, de modo que las cualidades o accidentes pueden cambiar en tanto que la substancia permanece.[32]

Todas las demás entidades que no sean *cosa* fueron interpretadas por los griegos como teniendo, cuando menos, cualidades o accidentes. En filosofía, con el término "inmediato" se califica por lo general todo objeto que puede ser reconocido o afirmado sin ayuda de algún otro objeto: por ejemplo, una idea que puede ser percibida sin ayuda de otra idea; un hecho que puede ser comprobado sin ayuda de otros hechos, una proposición que puede ser denominada verdadera sin recurrir a otras proposiciones. Aristóteles denominaba *inmediata*, *amesos* a la premisa *a la que no antecede ninguna otra*, o sea, la premisa cuya verdad es tomada sin recurrir a las verdades de otras premisas.[33]

A la filosofía primera, según Aristóteles, le corresponde sobre todo tratar acerca de los axiomas, primeros principios, comunes a todas las ciencias, y cuyo estudio, por tanto, no podía quedar reservado a ninguna de las ciencias particulares, tanto más cuando que cada una de ellas los considera bajo un aspecto particular y da una expresión proporcional a la adaptación que de ellos se hace y adecuada al género especial de objetos. Los axiomas son verdades que se aplican a todas las cosas, y cuyo conocimiento se requiere en todos los sujetos; sin admitirlos, sería imposible estudiar lo que fuere.[34]

El principio de no-contradicción, a la cual se reducen todos los demás axiomas, es la ley suprema del pensamiento, la condición de su ejercicio y de su aplicación a todas las cosas; Aristóteles lo considera como la expresión más genérica del ser.[35] El principio de no-contradicción es principalmente ley fundamental de la ontología; afirma la relación del ser consigo mismo, la necesidad inmanente al ser

[32] N. Hartmann, *Ontología I,* FCE, México, 1986, p. 67.
[33] Aristóteles, An. Post. I, 2, 72a7 a16.
[34] Aristóteles, *Metafísica,* IV 3,1005a 9-31; 4,1005b 6-18.
[35] Aristóteles, *Metafísica,* IV 1005 al 27.

en cuanto tal. *Hemos reconocido que es imposible ser y no ser a la vez; y por ese medio hemos demostrado que éste es el más seguro de todos los principios*.[36]

El primado de la substancia en Aristóteles puede comprenderse en razón del significado de *ousía*. La substancia primera es *ousía,* porque posee su propia riqueza, puede subsistir independiente de cualquier cualificación, es algo individual, irreductible, único, que no está en otra cosa. Todos los estados y propiedades sólo son reales en tanto se dan *en* algo, lo cual, sin embargo, de ningún modo existe o puede experimentarse por separado de ellos. Más bien, ese algo es experimentado por mediación de los estados y propiedades; pero sólo acerca de esto puede preguntarse o decirse con sentido qué es ello. Sólo a esto, en contraposición a los estados cambiantes, puede atribuirse substancia propia, es decir, substancialidad. Por tanto, aquello que algo es en sí y para sí constituye una substancia.

El hombre individual es una substancia primera, pero el concepto "hombre" no lo es. Del individuo puede decirse también que es un animal racional, que es blanco, que posee ciencia; esas afirmaciones se dicen de éste como predicados, esenciales o accidentales y, por tanto, no son substancias primeras. Las substancias primeras son el substrato de todo lo demás. Para Aristóteles, el ser del color como cualidad no puede tener la pretensión de valer como ser primordial. Porque el color necesita extenderse por un cuerpo; necesita, por tanto, otra cosa que la sostenga en el ser. La realidad del color, pues, no es independiente, sino que depende de la cosa. La cosa está detrás o debajo de su color, es substancia de ella; en suma, *es principio*. La tesis substancialista, propia del pensamiento griego y medieval, consistía en establecer que lo más característico de cada cosa era su realidad con independencia de cualquier otra, y ser realidad para este sistema de creencias, es ser por sí.

Aristóteles indica que en su sentido propio la substancia es lo que no es afirmado de un sujeto ni se halla en un sujeto, como el hombre y el caballo individuales. Esta substancia es la llamada *substancia primera, ousía protéra*, porque para Aristóteles lo primero es el ser individual del cual se predica algo.[37]

El carácter primario, *inmediato*, de lo que verdadera y absolutamente hay para el hombre griego, consiste en que las cosas están ahí*,* independientes de nosotros. Y, más en general aún, cada cosa –que auténticamente sea *cosa*– es independiente de todas las demás. Podrán influir las unas en las otras, pero su ser,

[36] Aristóteles, *Metafísica,* IV 1006a3-5.
[37] Aristóteles, *Cat.,* 5,2a 11.

su realidad, no consiste en esas influencias o relaciones. Al contrario: influirse supone que ya estaban ahí, existiendo cada una, diríamos, por sus propias fuerzas. Por tanto para el hombre griego, ser realidad quiere decir, en plenitud del vocablo, ser por sí. De aquí que nunca se le hubiera podido ocurrir al griego la idea de un ser creado y un ser creador. Ortega quería dejar sentado que para Grecia y la filosofía medieval, en su más estricto sentido, es el *ser independiente*, el ser por sus propias fuerzas o *por sí*.[38]

3. LA *COGITATIO* O CONCIENCIA COMO REALIDAD RADICAL

Descartes organizó su sistema como el arquitecto diseña un edificio. Descartes dibuja en fases sucesivas, eliminando todo aquello de lo que le quepa duda, la fundamentación del *cogito* y la afirmación de la propia existencia. Los elementos del sistema se encuentran compendiados en la parte cuarta del *Discurso*, resumidos por puntos en los *Principios de la filosofía* y expuestos en forma explícita en las *Meditaciones*.

Ortega analiza en estas obras el razonamiento que precipita la segunda gran tesis de la historia de la filosofía, la tesis que afirma la realidad del pensamiento como realidad radical. Porque ver, oír, soñar, razonar, no son sino modos de mi pensamiento, y para Descartes, lo que verdadera y absolutamente hay, es sólo yo y mi duda, yo y mis ideas, yo y mis pensamientos, que son modos de mi yo. Lo único, que en verdad y primariamente sé que hay en el universo soy yo; es decir: que yo soy el centro de mi saber del universo.[39]

Según se ve, la posición del problema del yo va seguida de su solución. El yo es pensamiento, esto es, relación consigo mismo, subjetividad. La definición cartesiana del yo como pensamiento fue inmediatamente acogida e incorporada a la tradición filosófica.

La forma como Descartes usa el término "idea" es novedosa. La novedad se manifiesta en la definición general del mismo.

> Por el nombre de idea entiendo esta forma de cada uno de nuestros pensamientos cuya percepción inmediata hace que tengamos conocimientos de estos pensamientos mismos. De modo que no puedo expresar nada mediante palabras, cuando entiendo lo que digo, sin

[38] Aristóteles, *Metafísica,* IV 3,1005a27.
[39] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica,* Alianza Edit., Madrid, 1983 p. 47.

> que por ello mismo sea cierto que tengo en mí una idea de la cosa que está significada por mis palabras.[40]

La novedad de esta definición de idea se extiende mucho más que el significado que la tradición acostumbraba otorgarle tanto a *representación* como a *idea.* La otra innovación que introduce Descartes la constituye la consideración de las ideas como los objetos *inmediatos de* todos los pensamientos. La tradición escolástica sólo admitía esto respecto al entendimiento divino. Con Descartes, la capacidad divina de intuir sin mediación alguna contenidos objetivos, reales o posible, pasa a ser también una característica del entendimiento humano:

> Me he servido de este nombre (ideas) porque ya era comúnmente admitido por los filósofos para significar las formas de las percepciones de la mente divina, aun cuando no reconozcamos en Dios ninguna imaginación, y porque no tenía ninguno (nombre) más apropiado.[41]

La ventaja que introduce Descartes en la filosofía moderna con esta extensión del significado del término "idea", se sitúa en la posibilidad de admitir las ideas como realidades independientes de toda relación ajena a ellas mismas o a la subjetividad que las contiene. Sin esta consideración, le hubiera sido imposible iniciar, como lo hizo en la *Meditación III,* una investigación acerca de la verdad concentrada en las ideas entendidas como formas del pensamiento.[42]

La crítica cartesiana del realismo filosófico hace manifiesto que, al poner como realidad radical el mundo, se había dejado atrás, a la espalda e inadvertido, el pensamiento que pone, o, mejor aún, supone ese mundo como ser independiente. Al caer nosotros con Descartes en cuenta de esto, ese mundo queda reducido a una realidad secundaria y el *pensamiento*, la *cogitatio* adquiere el rango del ser más fuerte, del ser realísimo. La existencia fuera de la mente del mundo era incuestionable para los antiguos: les parecía la realidad misma. Por eso hacen de ella el primer principio.[43]

Pero Descartes, con su nueva fundamentación de la filosofía, trastoca todo el orden anterior. En la *Meditación I* expone las razones por las que podemos dudar de la experiencia engañosa de los sentidos, los errores de la razón, la

---

[40] R. Descartes *Resp. a Obj. II, A.T.,* Vol. VII, p. 160.
[41] R. Descartes *Resp. a Obj. II, A.T.,* Vol. VII, p. 181.
[42] C. Dino Garber, *Las ideas Cartesianas,* p. 5.
[43] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica,* Alianza Edit., Madrid, 1983 p. 48.

confusión entre vigilia y sueño, la posible impostura de un Dios falaz y de un Genio maligno.

> Y aunque la utilidad de una duda tan amplia no se vea de inmediato, es sin embargo muy grande, por cuanto nos libera de todo prejuicio y prepara un camino muy a propósito para que la mente se vaya desprendiendo de los sentidos, y hace, en fin, que no podamos dudar ya nunca de lo que descubramos como verdad.[44]

Ortega nos indica que los argumentos en la obra de Descartes llevan a la siguiente situación: las cosas que son substancias, este caballo, este hombre, en general los ejemplos aristotélicos, podrán tener más realidad que sus cualidades, cantidades, relaciones, y, en comparación con las demás categorías de realidad, podrán pretender el puesto del ser más fuerte, del ser de la realidad señorísima, *kyriótata*, como decía Aristóteles. Pero he aquí que cierro los ojos, y este caballo, este hombre, desaparecen sin dejar rastro. Se puede argumentar que al cerrar los ojos lo aniquilado no son esas substancias, que ellas siguen siendo reales. ¿Quién afirma eso? La subsistencia más allá de lo que veo es, por lo menos, problemática. Si a esto añadimos que a veces vemos en sueños a hombres, caballos ¿qué les pasa a hombres y caballos? ¿Tienen o no-realidad? Porque son seres de sueño, no son reales.[45]

Hay, además, los estados alucinatorios. De suerte que ni me basta ver las cosas para asegurar que siguen existiendo más allá de mi verlas, ni me basta con verlas para poder afirmar, como quien sueña o alucina, que están ante mí. Como el mundo llega a mí al través de la percepción de los sentidos, la realidad del mundo es, por lo menos, una realidad sospechosa, una realidad dudosa. Por tanto, no puede ocupar el rango de realidad primordial. En cambio, es incuestionable que *veo* el caballo, que veo al hombre. Lo incuestionables no son ellos, sino mi *verlos*. Es decir, la realidad del caballo, por lo menos la seguridad de la realidad, es dependiente de que yo lo vea, pero mi ver es independiente de que ellos existan. Por tanto, el mundo es dudoso, pero no es dudoso mi dudar de él.[46]

En Descartes el yo, pronombre con el cual el hombre se designa a sí mismo, se volvió objeto de la investigación filosófica desde el momento en que la referencia del hombre sobre sí mismo, como reflexión acerca de sí, o conciencia, se

---

[44] R. Descartes, *Meditaciones Metafísicas,* compendio y Primera Medit.
[45] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica,* Alianza Edit., Madrid, 1983 p. 46.
[46] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica,* Alianza Edit., Madrid, 1983 p. 47.

tomó como punto de partida de la filosofía. Con Descartes y a partir de Descartes el problema del yo se colocó por primera vez en términos explícitos:

> ¿Qué es lo que soy yo? –pregunta Descartes–. Una cosa que piensa. Pero ¿qué es una cosa que piensa? Es una cosa que duda, que concibe, afirma, niega, quiere o no quiere, imagina y siente. Por cierto que no es poco si todo esto pertenece a mi naturaleza... Es de suyo evidente que yo soy el que duda, entiende y desea y que no hay necesidad de agregar nada para explicarlo.[47]

Con Descartes caemos en cuenta de que el mundo queda reducido a una hipótesis, y lo que adquiere el rango de principio en el orden del conocer, es el *pensamiento*, la *cogitatio*. Descartes con su argumento, nos descubre que la realidad de la substancia, como ser independiente de mí y por sí, es un error. Ella es una hipótesis, una teoría, una construcción nuestra, todo lo obvia, todo lo natural, todo lo plausible que se quiera, pero una hipótesis y nada más. Descartes cree que debe buscar una primera verdad acerca de lo real, que tiene que hallar algo cuya realidad sea verdad sin que esta verdad nazca de dar por supuestas otras verdades. Para ello emplea como método una duda radical, la suspensión de nuestras creencias y verdades habituales.[48]

Para Ortega, la raíz y simiente de toda la edad moderna ha sido la creencia que se formó en torno a la afirmación fundamental de que nuestra relación primigenia con las cosas es el pensarlas y que, por tanto, las cosas son primordialmente lo que son cuando las pensamos y las pensamos además con la razón físico-matemática.

4. CRÍTICA A DESCARTES Y A LA FILOSOFÍA MODERNA EN GENERAL

Ortega considera que la crítica a Descartes y a la filosofía moderna en general sólo puede hacerse examinando si las ideas de esa teoría casan entre sí y con los hechos a los que se refieren. Por lo cual también parte de que no se puede dar por buena la *cogitatio* en la cual se apoya Descartes. Para Ortega, la teoría que él propone debe guardar la misma coherencia que la propuesta cartesiana y debe partir de un principio tan evidente como lo fue en su momento la *cogitatio*. El combate lo acepta en el terreno establecido por el cartesianismo y con las armas que éste propuso.

---

[47] R. Descartes, *Meditaciones Metafísicas,* Segunda Meditación.
[48] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica,* Alianza Edit., Madrid, 1983 p. 49.

Descartes señaló lo siguiente:

> Me he desembarazado de toda preocupación, me he procurado un apacible reposo en retirada soledad y voy, por fin, a entregarme con toda seriedad y libertad de espíritu a la demolición de mis opiniones. Ahora bien, para ello no será menester probar que todas ellas son falsas, operación que quizás nunca podría llevar a cabo; sino que bastará que encuentre el menor motivo de duda en cada una de ellas, para rechazarlas todas, ya que la razón me persuade que debemos suspender el asentimiento a aquellas cosas que no son enteramente ciertas e indudables, no menos cuidadosamente que a las abiertamente falsas. Y por lo mismo, no será necesario que las examine una por una, labor que sería por otra parte interminable. Simplemente, puesto que socavados los cimientos se derrumba por su propio peso lo que estaba construido encima, arremeteré con los principios mismos en los que se apoyaban todas mis antiguas creencias.[49]

Ortega afirmó que la primera ocupación de la filosofía tenía que ser la crítica de los principios de todas las opiniones que valían como últimas o fundamentales, fuera en la ciencia, o en la conciencia pública. Tenía que sentir como de su responsabilidad que el hombre llegara a vivir sobre principios últimamente seguros y sólidos. A este fin debía instalarse en los principios, pero no para partir de ellos sino al revés, para desmenuzarlos, para hacerles su anatomía; para buscar de esos principios pretensos otros más recios y hallarles más firme fundamento.[50]

Ambos coinciden en que la filosofía como disciplina consiste en no aceptar ninguna opinión de las que hay en la conciencia pública o científica. Este apartarse de la opinión aceptada implica una separación de los usos mentales, de los usos sociales prevalecientes. Cuando un uso social o un uso intelectual se constituyen como tal y adquiere vigencia colectiva como creencia en una sociedad y una época, ya del filósofo se ha apoderado otra figura del mundo y de la vida. La opinión pública y la filosofía son mutuamente anacrónicas. La opinión pública es siempre retrasada, la filosófica es siempre prematura.[51]

La insuficiencia de la crítica cartesiana a la filosofía griega y medieval tiene cuatro elementos. En primer término, en la obra cartesiana sobrevive la idea de

---

[49] R. Descartes, *Meditaciones Metafísicas,* Primera Meditación.
[50] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica,* Alianza Edit., Madrid, 1983 p. 29.
[51] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica,* Alianza Edit., Madrid, 1983 p. 31.

substancia. En segundo lugar, el pensamiento no es inmediato a sí mismo. El tercer aspecto de la insuficiencia consiste en considerar que la duda cartesiana no logra abolir la realidad, la realidad sigue oprimiendo a cada cual en lo dudoso. Y por último, la duda y la teoría no son hechas puras y simples, sino que contienen los razonamientos que provocan la duda y, en el caso del pensar teórico, éste está antecedido por la voluntad y resolución de efectuar ese tipo de quehacer.

Ortega condensó su crítica a Descartes, al cartesianismo y a la filosofía moderna en general, en cuatro puntos, con los cuales quería hacer salir nuestro pensamiento del círculo mágico creado por aquel gran filósofo.

Primer punto. Como hemos visto anteriormente, hasta Descartes los sentidos habían sido la fuente de los conocimientos y opiniones. Lo que se había admitido como lo más verdadero había sido la existencia y atributos del mundo físico que veo con mis ojos. Descartes encuentran en el testimonio de los sentidos el primer motivo para dudar, y examina por qué pueden ponerse en duda, expresando en las *Meditaciones Metafísicas*:

> todo lo que he admitido hasta el presente como lo más verdadero, lo he recibido o de los sentidos o por su mediación. Ahora bien, me he dado cuenta de que éstos a veces son engañosos, y es una norma de prudencia no fiarse ya enteramente de aquellos que nos engañaron aunque fuese una vez.[52]

El verdadero argumento para dudar de la propia experiencia y de la realidad que nos rodea es la confusión del estado de sueño con el de vigilia. Descartes indica que a menudo en sueños ha tenido la sensación de estar despierto, y también ha sufrido la impresión contraria de estar despierto y creer que sueña.[53] La duda ha corroído la solidez, la seguridad del mundo exterior y la ha volatilizado. Lo que significa nada menos que esto: las cosas, la naturaleza, los demás seres humanos, el mundo exterior íntegro no tiene existencia evidente, no es, pues, dato radical, no los hay indudablemente en el universo.[54] Descartes encuentra en la evidencia de las ideas claras y distintas el medio de superar el escepticismo y fundamentar la filosofía en la *res cogitans*.[55] *Las ideas, a pesar de que quizás no tengan existencia fuera de mi pensamiento, se presentan en su esencia como*

[52] R. Descartes, *Meditaciones Metafísicas,* Primera Meditación.
[53] R. Descartes, *Meditaciones Metafísicas,* Primera Meditación.
[54] José Ortega y Gasset, *¿Qué es Filosofía?,* Revista de Occidente, 1960 p. 154.
[55] R. Descartes, *Meditaciones Metafísicas,* Quinta Meditación.

teniendo naturalezas verdaderas e inmutables.[56] El espíritu las observa de la misma manera como observa las existencias: una luz natural o *intuitus mentis* ilumina los objetos del mundo interior, yo los percibo clara y distintamente. Esa inseparabilidad de la esencia y la existencia le permitió a Descartes superar y transformar la duda pirrónica en duda metódica. El *cogito* y las ideas matemáticas son en este sentido ejemplares, por ofrecer un tipo de certeza que continuamente renuevan la inseparabilidad de esencia y existencia.

Para Descartes, se puede dudar del papel que veo, del mundo que veo, no puedo dudar de mí ver, no puedo dudar del hecho de mí dudar, y, en general, de mi *cogitatio o pensamiento*. Lo único, pues, que última y verdaderamente hay soy *yo y mí dudar:* el mundo queda abolido, el hombre queda solo con sus pensamientos. Ser, existir, realidad, en plenitud de su sentido, van a significar durante casi tres siglos, no haber más que *yo*.[57]

Habiendo llegado a este punto, Ortega pone de relieve que pese a los avances, Descartes conserva en la proposición básica de su filosofía la noción griega y escolástica de substancia.

En Descartes se entiende por substancia una cosa que existe de tal manera, que no necesita de ninguna otra para existir.[58] Añade que de buenas a primeras no puede reconocerse una substancia simplemente porque sea una cosa que existe. Pero es posible reconocerla con facilidad a partir de cualquier atributo suyo. En efecto, dice Descartes, al percibir la presencia de algún atributo, concluimos que también está presente necesariamente alguna cosa existente, es decir, una substancia, a la que pueda atribuírsele aquél.[59] Pero aunque podamos conocer la substancia a partir de cualquier atributo, cada substancia tiene una sola propiedad principal, que constituye su naturaleza y esencia, y a la cual se refieren todas las demás. En efecto, la extensión en longitud, anchura y profundidad, constituye la naturaleza de la substancia corpórea, y el pensamiento la de la substancia pensante.[60]

La expresión más característica del concepto de ser helénico es ser substante o substancia, ser inmóvil e invariable. Utilizando el ejemplo del caballo tendremos que él es la unidad de color, forma y resistencia al tacto, cosas que entre sí

[56] R. Descartes, *Meditaciones Metafísicas,* Quinta Meditación.
[57] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica,* Alianza Edit., Madrid, 1983 p. 50.
[58] R. Descartes, *Principios de Filosofía I*, 51.
[59] R. Descartes, *Principios de Filosofía I,* 52.
[60] R. Descartes, *Principios de Filosofía I,* 53.

son diferentes. El equino es una cosa unitaria en que esas otras perceptibles se reúnen. Pero esa cosa en que se unen el color y la forma junto con la resistencia al tacto, ya no es visible. La supongo, la invento, es una interpretación mía del hecho observable que consiste en la constancia con que el color y la forma aparecen juntos. El verdadero ser del caballo está debajo de sus elementos aparentes, visibles y tangibles: es una cosa latente bajo esas cosas presentes, color, forma y resistencia al tacto. Una cosa, pues, que es pensada como soporte unitario a esas otras cosas que llamo cualidades del caballo y no propiamente caballo. Por tanto, el ser de este animal no es su ser visible, aparente, sino, al revés, algo en él que es soporte de las apariencias, su ser substrato de cualidades, el ser que sub-está tras ellas, su ser substante o substancia.

Ortega considera que en este punto, Descartes, cuando ve que el pensamiento consiste en aparecerse a sí mismo, no cree que se baste a sí mismo y le aplica la vieja categoría de substancia y busca una cosa substante bajo el pensamiento que lo emita, emane y en él se manifieste. Así, le parece haber hallado que el ser del pensamiento no en el pensamiento mismo, sino en una cosa que piensa, *res cogitans*. Para él, es la substancia *quod nihil aliud indigeat ad existendum*. De modo que, por un lado, el pensamiento es lo único que existe indudablemente porque le basta con ser apariencia para existir y, por otra parte, necesita para existir un soporte latente, inaparente, una cosa que piense. Descartes substancializa el sujeto del pensamiento y al hacerlo así lo arroja fuera del pensamiento; lo convierte en cosa exterior, cósmica, puesto que no consiste en ser pensado y sólo en cuanto pensado, y sólo por eso interior a sí mismo y haciéndose o dándose el ser a sí mismo.[61]

Ortega añade que la filosofía lo que no puede hacer, es negar la realidad del mundo exterior, porque eso sería también empezar por algo cuestionable. En expresión rigurosa, lo que la filosofía dice es sólo: ni la existencia ni la inexistencia del mundo entorno es evidente; por tanto, no se puede partir de la una ni de la otra, porque sería partir de un supuesto y la filosofía está comprometida a no partir de lo que se supone, sino sólo de lo que se pone a sí mismo, es decir, de lo que se impone.[62]

Lo urgente para Ortega es insistir en que no hay más verdad teorética rigurosa que las verdades fundadas en la evidencia, y esto implica que para hablar de las cosas tenemos que verlas, y por verlas entendemos que nos sean inmedia-

[61] José Ortega y Gasset, *¿Qué es Filosofía?*, Revista de Occidente, 1960, p. 203 y ss.
[62] José Ortega y Gasset, *¿Qué es Filosofía?*, Revista de Occidente, 1960, p. 155.

tamente presentes, según el modo que su *consistencia* imponga. Es más, llamar *ver* a eso que pasa cuando presencio el papel, es ya una descripción poco adecuada y apresurada: porque ver es una hipótesis psicológica combinada con una hipótesis fisiológica, a la vez combinada con varias hipótesis físicas. Por esto, en vez de visión, que es un término estrecho, Ortega hablará también de *intuición*. *Intuición* significa estrictamente aquel estado mental en que un objeto nos sea presente. Habrá, pues, intuición sensible, pero también intuición de lo insensible. Hay intuición del color blanco, hay intuición de un papel, hay intuición de una figura rectangular y de un polígono de mil lados. En todos estos casos, intuición quiere decir *presencia inmediata*. Al encontrarnos con ese hecho radical de alguien que ve, ama, odia y quiere un mundo y en él se mueve, y por él se esfuerza, le damos el nombre de *vida*. La realidad primordial, el hecho de todos los hechos, el dato para el Universo, lo que me es dado es, *mi vida*. Es lo que se experimenta de modo directo y apodíctico, esto es, de un modo que no puede ser diferente de como es. Por tanto es lo contrario de lo deducido, de lo simbólico, de las teorías, de lo que es mediato.[63]

Segundo punto. Descartes está en la creencia, sigue en la creencia, de que la realidad tiene por fuerza que *consistir* en ser, lo independiente de nosotros. Lo admite, sin más, como una verdad. No lo duda. Para Ortega, encontramos aquí un caso típico de *creencia*. Ortega encuentra esta *creencia* en Descartes a pesar de que éste no la declara. Esto significa algo radical: que podemos descubrir creencias de otros hombres, aunque ellos no se den cuenta de que actúan en ellas. Este principio le permite a Ortega fundar sobre nuevas bases la metodología de la historia, y esperar que este quehacer humano llamado historia deje de ser una técnica importante y llegue a convertirse en una ciencia.[64]

Para Descartes, lo real, el único modo de ser real, es lo independiente de mí. Siguiendo esta línea de proposiciones Ortega señala que a lo que es independiente de mí, le es accidental entrar en relación conmigo. Para que esta relación se produzca es menester un intermediario entre ambos. *La realidad "mundo" es mediata*. Hace falta un acto de darse cuenta, de pensar, que intermedie entre ella y yo, que nos ponga en relación. El *pensamiento*, en cambio, es una *realidad inmediata*. Por eso, puedo dudar del mundo, porque me es distante y mediato; pero no tiene sentido que dude del pensamiento, que me es inmediato, como yo mismo.[65]

---

[63] José Ortega y Gasset, *¿Qué es Filosofía?*, Revista de Occidente, 1960, p. 132 ss.
[64] José Ortega y Gasset, *¿Qué es Filosofía?*, Revista de Occidente, 1960, p. 51.
[65] José Ortega y Gasset, *¿Qué es Filosofía?*, Revista de Occidente, 1960, p. 51.

Para Ortega, esta afirmación de la inmediatez de mi pensamiento es pura error. Cuando veo la hoja de papel, hay ante mí sólo hoja de papel. Me es presente ella, y nada más. No está presente *mi ver*. Mientras la veo, yo no veo mi ver. No me doy cuenta o no tengo conciencia de que veo sino sólo de la hoja. Para advertir esta visión es preciso un nuevo acto de darme cuenta, por virtud de lo cual, me percato que, un momento antes, vi la hoja. Este nuevo pensamiento o acto de darme cuenta, es una retrospección. Este acto, al que llamamos recordar, tiene los mismos riesgos de error que están unidos al recuerdo, los cuales no son menores que los vinculados al ver. De donde resulta que mi visión no se da cuenta de sí misma, que no es cierto que el pensamiento se piense a sí mismo, no se es inmediato a sí mismo, sino que, a lo sumo, un pensamiento puede pensar otro pensamiento, como piensa, ni más ni menos, el papel, o el triángulo, o el centauro, o el mundo.[66]

Lo que se discute es esto: cómo podemos calificar y denominar, de modo que no sea inadecuado, la relación primaria del hombre con las cosas. La tradición moderna la podemos describir mediante el ejemplo de mi trato con esta biblioteca en la que estoy. La relación consiste en que me doy cuenta de esta biblioteca. Para el idealismo moderno de Descartes, darme cuenta es que hallo ahí, no la biblioteca misma, sino su imagen; es decir, mi vista o visión de ella. De lo que me doy cuenta, pues, es de un estado mental mío. Todo darse cuenta sería darme cuenta de lo mío, de mí mismo. Esto es lo que significa el término conciencia.[67] Conciencia es, o pretende ser, aquella realidad que se da cuenta de sí misma, algo inmediato a sí mismo, que es pura reflexividad. Descartes dice expresamente *por el vocablo "pensar" entiendo todo lo que pasa en nosotros de suerte tal que lo apercibimos inmediatamente en nosotros mismos*.[68]

Para el idealismo y, en general, para la época moderna, la realidad primaria y fundamental, prototípica, lo que verdadera y absolutamente hay es *yo pensando las cosas*. Éstas, las cosas, no tienen, para el idealismo, realidad por sí, sino como pensadas; de suerte que la conciencia, o pensamiento, es un darme cuenta de mis propias visiones, de lo que desde Kant se ha llamado *contenidos de conciencia.* Un darme cuenta de mis propios contenidos, un darme cuenta de mis propios pensamientos; en suma: un darse cuenta de sí mismo.[69]

---

[66] José Ortega y Gasset, *¿Qué es Filosofía?*, Revista de Occidente, 1960, p. 52.
[67] José Ortega y Gasset, *¿Qué es Filosofía?*, Revista de Occidente, 1960, p. 59.
[68] R. Descartes, *Principios de Filosofía I,* 9.
[69] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica*, Alianza Edit., Madrid, 1983 p. 52.

Pero, dice Ortega, no hay tal realidad inmediata, el ver no se da cuenta del ver, el pensar no se piensa a sí mismo, no puede pensarse a sí mismo. Esto quiere decir que la realidad, *conciencia, cogitatio o pensamiento*, lejos de ser tal realidad no es sino una invención, una hipótesis, una teoría. Por tanto, no puede servir como realidad primordial, como principio. Al describir el hecho básico de nuestra relación con las cosas como conciencia o pensamiento, lo que se llama ver no es, pura y primariamente, sino serme presente la cosa misma. Ese es el hecho puro. No hay, pues, ver como tal hecho puro.[70]

Sólo está bien descrito el hecho radical de mi relación con las cosas, nos recalca Ortega, si en lugar de interpretarlo como pensarlas o darme cuenta, se le describe como encontrarme con las cosas, como tales cosas; no como cosas en cuanto pensadas, no como pensamientos de las cosas, sino que la hoja me es hoja, el caballo me es caballo, y la flor me es flor y el que me lee pacientemente me es lector y yo le estoy siendo su interlocutor. Las cosas me son y yo soy de las cosas. Estoy entregado a ellas: me cercan, me sostienen, me hieren, me acarician. Lo decisivo es que el hecho radical de nuestra relación con las cosas sólo queda limpiamente descrito como coexistencia, enlace del yo con las cosas. Tan real es el uno como lo otro, el yo con las cosas; sólo que ahora ser realidad cambia de significado, y, en vez de significar independencia como antes, significa depender el uno del otro: ser inseparables, mutuo serse.[71]

Para Ortega, el dato radical del Universo no es simplemente *el pensamiento existe o yo pensante existo, sino que si existe el pensamiento, existen, ipso facto, yo que pienso y el mundo en el que pienso, y existe el uno con el otro, sin posible separación. Pero ni yo soy un ser substancial ni el mundo tampoco, sino ambos somos en activa correlación; yo soy el que ve el mundo y el mundo es lo visto por mí. Yo soy para el mundo y el mundo es para mí. Si no hay cosas que ver, pensar e imaginar, yo no vería, pensaría o imaginaría, es decir, yo no sería*.[72] Ortega indica en este sentido que Leibniz hace una crítica a Descartes que ha sido poco aprovechada cuando hizo notar que, a su juicio, no hay una sola verdad primera sobre el universo, sino dos igualmente originarias e inseparables: *sum cogitans*, existe el pensamiento, y la otra dice: *plura a me cogitantur*, muchas cosas son pensadas por mí.[73]

---

[70] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica*, Alianza Edit., Madrid, 1983, p. 52.
[71] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica*, Alianza Edit., Madrid, 1983, p. 53.
[72] José Ortega y Gasset, *¿Qué es filosofía?*, Revista de Occidente, 1960, p. 211.
[73] A. G. W. Leibniz, *Observaciones. Principios Cartesianos, sobre el Art. 7,* Vol. IV, Die Phil. Schriften, editado por Gerhart, impresión de Hildesheim, 1965. Traducción al español de E. López Graña y M. Graña Edit. Gredos, BHF, Clásicos 4, 1989.

Ortega sostiene que mundo independiente, y pensamiento independiente, son dos hipótesis, dos construcciones teóricas, no la realidad. Lo que hay pura y primariamente, es la coexistencia del hombre y el mundo; lo que hay es el mutuo existir del hombre y el mundo. Como esas parejas de divinidades que, según la religión de la antigua Grecia y Roma, tenían que nacer y morir juntas –los Di oscuros o Géminis–, a las cuales llamaban por eso *Dii consentes*, los dioses unánimes. Esta imagen y la tesis antes presentada, permiten para Ortega invalidar la posición idealista en general, atacándola en el punto mismo en que Descartes la hizo nacer, y en lo que hoy es su expresión más rigurosa y depurada, esto es, la *reducción fenomenológica* de Husserl.[74]

Al poner Descartes el pensamiento como realidad radical, deja detrás de éste al hombre en primaria y simple coexistencia con las cosas, en relación preintelectual con ellas, teniendo que habérselas con ellas. Esto es lo que Ortega llamó *vivir*, humano vivir. Detrás de la naturaleza está el pensamiento, la teoría, pero detrás del pensamiento está nuestra vida, la de cada cual, que nos obliga a pensar y teorizar, está el hecho absoluto que es la humanidad como vida de la persona, como *mi vida*. En este segundo punto, ha trascendido Ortega todo el idealismo y ha puesto la planta del pie fuera del círculo de ideas que se llama edad moderna. Cuando desarrollemos el tercer y cuarto punto de esta crítica que es un *superar o aufheben* de la filosofía de Descartes, aparecerán sus verdaderas perspectivas.[75]

Tercer punto. Descartes expone que, cuando él duda de la realidad del mundo, el mundo queda abolido y sólo hay yo y el dudar de ese yo, Descartes rechaza *así todas las cosas de que podemos dudar de algún modo, e incluso fingiendo que son falsas. Suponemos fácilmente que no hay Dios, ni cielo, ni cuerpos; y también nosotros mismos no tenemos manos, ni pies, ni en fin cuerpo alguno*.[76]

Ortega sostiene que todo acto de darse cuenta, todo pensamiento de lo real, nos pone directamente en relación con las cosas. La *cogitatio*, la *conciencia*, es, pues, todo lo contrario de lo que Descartes suponía. Es, en modo esencial, *trascendencia* precisamente, *presencia* de la realidad.[77]

Lo que quiere destacar Ortega es que, en el acto de ver el papel, me es presente la hoja papel, me es la hoja realidad. Así, cuando dudo de la realidad del mundo,

---

[74] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica*, Alianza Edit., Madrid, 1983, p. 54.
[75] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica*, Alianza Edit., Madrid, 1983, p. 55.
[76] R. Descartes, *Sobre los Principios de la filosofía I,* 7.
[77] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica*, Alianza Edit., Madrid, 1983, p. 61.

el mundo no queda abolido y cuando Descartes duda del mundo, éste sigue ahí, aunque no consista ni en el cielo, ni en la tierra, ni en materia y forma, puesto que él ha dudado de todas las cualidades del mundo. No obstante, cuando yo dudo del mundo, queda ahí, distinto y fuera de mí; por lo menos, sigue lo dudoso como tal.[78]

Para Ortega, lo que hay es el mutuo existir del hombre y el mundo, y para una mejor comprensión del yo y su circunstancia, debe dársele al verbo *ser* un sentido activo, operante; algo así como una voz media que el castellano ha perdido; o mejor aún, lo que los lingüistas más avanzados denominan *voz media recíproca*. El ejemplo para Ortega es el verbo latino *luctare*: que no significa simplemente *luchar*, sino *luchar los unos con los otros*, *entreluchar-se*. Pero el castellano no tiene palabras que expresen, en general, un ser, una realidad, entendido como efectuación, como pura agilidad. Así:

> serme flor la flor, se descompone en olerme a mí con su olor, en colorarme con su olor, en acariciarme con la piel, a la vez deslizante y adherente, de sus pétalos. Esto es serme la flor. Esto, e innumerables cosas más que, dichas todas juntas, exigirían un verbo general que dijera algo así como que la flor me enflora o cosa parecida y no menos extravagante.[79]

El mundo sigue ahí, oprimiéndonos con su única cualidad sobreviviente, con su dudosidad. Pero estar en la duda es, precisamente, no estar en lo firme sino en lo infirme, es un estar que es un caer: se cae en la duda. Como explicamos en capítulo anterior, mientras que las ideas las tenemos, en las creencias estamos. Mientras que estamos en un sistema de creencias estamos como en un terreno firme. En esa seguridad, sin previa duda, que es la creencia, por mínima que sea su materia, puede el hombre afianzar su vida.

Cuando se ha perdido la creencia en esto, y en aquéllo, la mente, por necesidad automática, piensa que, al haber caído en error respecto de cosas que antes aceptaba como ciertas, no tiene razón para confiar tampoco en las demás cosas en las que aún cree. La quiebra de nuestras creencias, la duda, no produce efectos importantes cuando se trata de una normal rectificación de opiniones. Pero al producirse una masa crítica en el volumen de las rectificaciones se manifiesta un cambio de calidad. Se produce un cambio que funcionaliza ese dudar, esto es, se generaliza. Entonces no sólo se duda de lo que en efecto se duda, sino que se

[78] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica*, Alianza Edit., Madrid, 1983, p. 62.
[79] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica*, Alianza Edit., Madrid, 1983, p. 62.

pone uno a dudar. Hay épocas de la historia que están tan llenas hasta los bordes de creencia, que hasta dudar sobre esto o lo otro es un modo de creer. Pero hay otras, viceversa, en que se duda hasta de lo que se cree.[80]

Cuarto punto: Descartes principia por dudar de todo el saber humano. Cuando se principia así, se es de verdad filósofa. Todo principiante es un escéptico, si bien todo escéptico es sólo un principiante. Ahora estamos en el principio, y el principio de Descartes fue dudar de todos los principios y hacer del dudar el único y suficiente principio.[81]

En este principio Descartes tiene predecesores que no fueron consecuentes con la formulación inicial. Aristóteles definió la filosofía como aquel conocimiento o disciplina que es el fundamento de todas las demás, que las demás la suponen, y ella en cambio no las implica. Una disciplina así tendrá derecho a llamarse filosofía primera. Esa ciencia no la hay aún, es la buscada, *zetouméne epistéme*. Pero a esa ciencia que se busca no se puede entrar si no se comienza por exponer las dudas que sobre el contenido de su tema surgen. Es inherente a quienes pretendan investigar en ella dudar a fondo, es decir *diaporésai kalos*. El hombre que está en la duda sin lograr resolverla, es un hombre trabado. Por lo demás, los que se ponen a investigar sin dudar previamente, parejos son a los que echa andar sin saber a dónde va. Siendo el fi –*télos*– del esfuerzo, la verdad, aunque por azar la hallasen, no la reconocerían, ya que ella consiste en la solución de los problemas, de las dudas. Ya que la buena solución resultante no consiste en otra cosa que en haber resuelto –*lysis*– las dudas previas. Sólo puede desatar un nudo quien conoce el nudo.[82]

Ortega señala que a pesar de que Descartes ha encontrado lo que anhelosamente buscaba, a saber: algo de que no pudiese dudar, una primera certidumbre, un primer principio, una primera realidad, no le presta atención a la duda. De su duda no atiende Descartes más que a lo que tiene de común con el ver, el oír, el soñar, el razonar, con todo *pensamiento* o *cogitatio*. A saber: no atiende sino a lo que tiene de pretensión, de pretensa realidad *inmediata*.[83]

El argumento de Ortega está encaminado a demostrar que la realidad *inmediata* de la duda metódica cartesiana no es tal. La duda no comenzaba en sí misma sino que formaba parte de una serie de búsquedas hechas antes, que la engen-

[80] O.C., T. VIII, p. 265.
[81] O.C., T. VIII, p. 263.
[82] Aristóteles, *Metafísica III,* 995a 25; O.C., T. VIII, p. 264.
[83] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica*, Alianza Edit., Madrid, 1983, p. 64.

draron. Aquellos razonamientos forman parte del sentido de ésta. Sin ellos, no existiría esta duda, carecería de sentido. Por tanto, al admitir la realidad de esa duda metódica, tenemos que admitir también la realidad de esos razonamientos anteriores que en ella se prolongan y existen en conexión esencial con ella.[84]

Para Ortega, los razonamientos que engendraron la duda no estallaron como relámpago en día despejado. Los razonamientos están sostenidos y poseen significación por estar vinculados a un escalón anterior. Descartes resolvió ponerse a pensar sobre la realidad radical, consideró que le era importante buscar una primera verdad. Esta resolución preña los razonamientos de los que nace la duda; y estos razonamientos y esa resolución están actuando en la duda. De suerte que, si se intenta imaginariamente extirpar todo eso del hecho de la duda, ésta carece de sentido, no es lo que es, y, por tanto, no existe.[85]

Ortega señala que este acto de resolución, que Descartes anunció entre otras obras en las *Meditaciones metafísicas*, no es ya un acto teórico sino un acto de voluntad. Tenemos, pues, que antes de toda teoría hay una resolución, previa a ella, de teorizar. Con ese temple de ánimo, surgen los razonamientos que hacen nacer y nutren la duda. Descartes se encontraba existiendo entre las cosas, sin saber a qué atenerse en su trato con ellas, porque las noticias y opiniones recibidas y aprendidas acerca del mundo natural y social, del mundo de las cosas, le parecían engañosas, sin evidencia.

Para moverse entre las cosas y definir su conducta entre ellas debía construir la regla que rigiera su hacer. Si no admitimos estos supuestos previos como realidad, no podemos admitir tampoco como realidad aquella duda metódica, que como nos explica Ortega, no era la realidad inmediata sino teoría. La duda metódica, es sólo un pensar que se duda, es más bien la idea, la teoría, de que hay que dudar de cuanto no sea evidente. El mundo fracturado, arrasado de todo conocimiento seguro en el que vive Descartes, es anterior a su filosofar. Descartes filosofa porque se encuentra existiendo en el mundo, es decir, en el cual vive. Para salir de esta situación empieza a construir su edificio filosófico. Tan pronto como toma conciencia de su pensamiento, *cogito*, intuye que existe, *sum*, se pregunta qué es y averigua ser una cosa que piensa. El pensamiento como base de su existencia y de su esencia es la primera idea clara y distinta que tiene para incrementar con seguridad su conocimiento.[86]

[84] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica*, Alianza Edit., Madrid, 1983, p. 65.
[85] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica*, Alianza Edit., Madrid, 1983, p. 65.
[86] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica*, Alianza Edit., Madrid, 1983, p. 67.

Ortega constata que, habiendo tomado por su palabra a Descartes y aceptado por buena su tesis, de que la primera verdad es el *dudo, luego existo*, hemos encontrado que la tesis se contradice, porque, sin advertirlo, contiene dentro de sí toda una serie de otras propuestas, primeras, previas y fundamentales que se dejaba a su espalda.[87]

Para que el hombre dude y teorice es preciso que el hombre preexista a su dudar y teorizar. Es esa preexistencia del hombre la que es la existencia radical, la realidad radical del vivir. La preexistencia del hombre a su teorizar es la verdadera existencia y ella consiste en que el hombre se encuentra teniendo que subsistir en un elemento que, por todas partes, le rodea y le aprisiona. Elemento confuso, oscuro, sobre el cual, inicialmente, no sabe a qué atenerse. Ese elemento puede impropiamente llamarse mundo y él lo llamó *circunstancia*. Tener que habérsela, en cada instante con determinadas circunstancias es a lo que Ortega llamó *vida*. Ella es la realidad *inmediata* en que surgen y aparecen todas las demás realidades.[88]

Al ser la circunstancia siempre oscura y confusa, un enigma, el hombre no sabe bien qué hacer en ella y con ella para subsistir. Cuando está en esa situación con lo que nos rodea, el único quehacer que puede ejecutar el hombre es ponerse a pensar, para descifrar el enigma. Con lo que encontremos con esta actividad podremos fabricar un proyecto de ocupaciones y quehaceres, un proyecto de vida. Perdido en la circunstancia y teniendo que hacer siempre algo en ella para pervivir, necesita el hombre acertar en su hacer. *A un ser inmortal, con tiempo infinito ante sí, le es indiferente equivocarse en cualquier hoy, porque siempre podrá rectificarse en cualquier mañana*.[89]

5. DEL SER REAL AL SER PROBABLE

Mientras Descartes y Leibniz se orientaban en la matemática pura, porque no existía aún una física, que ellos mismos estaban contribuyendo a crear, Kant se encuentra ya con el triunfo consolidado de la física que Newton simboliza.

El plan de la *Crítica de la razón pura* que le sirvió a Kant, en el siglo XVIII, para dar a conocer la transformación que sufrió la filosofía sistemática cuando en ella irrumpió, infiltró y asimiló, matemática, física, y química en estados, ya de ciencia. Esto es, Kant sustituyó *esencia* por *plan o proyecto*.[90]

---

[87] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica*, Alianza Edit., Madrid, 1983, p. 67.
[88] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica*, Alianza Edit., Madrid, 1983, p. 68.
[89] José Ortega y Gasset, *Sobre la Razón histórica*, Alianza Edit., Madrid, 1983 p. 69.
[90] J. D. García Bacca, *Pasado, presente y porvenir de grandes nombres: Mitología, Teogonía, Teología, Filosofía, Ciencia, Técnica,* T. I, p. 268 ss, FCE, México, 1988-1989.

En el prólogo a la segunda edición*, XIII–XIV,* de la *Crítica de la Razón Pura*, Kant en función de su programa o plan general, indicó que la *Razón,* llevando en una mano sus propios principios y en la otra, sus propios instrumentos, *mit dem Experiment*, se enfrentaba con ambos a lo parencial, *erscheinung,* para que lo parencial, forzado por los principios y por los instrumentos de la razón, respondiera o exhibiera lo que de racional tenía. Lo racional, así exprimido entraría en Ciencia, culminando tal proceso al adoptar un estado o tono de necesario. Aquello de lo natural que no asumiera el tono o estado de necesario quedaba en simple rapsodia.[91]

En la *Crítica de la Razón Pura,* Kant dio un ejemplo de tal método, demostrando por deducción transcendental y por dialéctica transcendental lo que tienen la lógica, matemática y física de científico y de científicamente necesario una vez reelaborado el material parencial transcendentalmente. No hacía, pues, Kant sino presentar la contextura del molde, vacío y disponible o posible para filosofía, moral, religión.[92]

La modificación profunda del modo de pensar en la física contemporánea, de la física en cuanto conocimiento, radicaba, de acuerdo a Ortega, en dos caracteres: primero, desde hace más de medio siglo, la teoría física se ha ido progresivamente convirtiendo en un sistema de leyes estadísticas. Eso significa leyes de probabilidad. Por tanto, la física no nos habla hoy de *Ser real,* sino de *Ser probable.* Qué signifique claramente el Ser probable es cosa que aún no ha sido congruamente definida, si bien para el asunto que tratamos es suficientemente clara: el Ser probable no es el Ser real, no es la realidad. Mas, hasta ahora se entendía por conocimiento el pensamiento a que es presente la realidad, tanta o cuanta. Segundo, si conocer es presencia de la realidad al pensamiento, no sólo tiene que haber ante el pensamiento algo real, sino que el pensamiento, es decir, lo pensado, tiene que consistir en algo *similar* a la realidad. Similaridad significa identidad parcial. Esta similaridad que ha de haber para que haya conocimiento entre lo pensado y lo real, puede ser mayor o menor.[93]

Para Aristóteles, la similaridad era *casi* total, porque lo *importante* de la cosa, a saber, su esencia, ingresaba en el pensamiento y estaba dentro de él, o en cuanto pensada, tal y cual era fuera de él. Por eso pudo decir que la mente o

---

[91] J. D. García Bacca, *Pasado, presente y porvenir de grandes nombres: Mitología, Teogonía, Teología, Filosofía, Ciencia, Técnica,* T. I, p. 268, 1988-1989.
[92] J. D. García Bacca, *Pasado, presente y porvenir de grandes nombres: Mitología, Teogonía, Teología, Filosofía, Ciencia, Técnica,* T. I, p. 268, 1988-1989.
[93] José Ortega y Gasset, O.C., T. VIII, p. 77.

alma es en cierto modo todas las cosas. La similaridad en la idea aristotélica del conocimiento se estira hasta identidad de lo importante. Sólo quedaban inasimilados los accidentes.[94]

Su idea del conocimiento nos sirve aquí sólo como jalón extremo para establecer una gradación de similaridad, partiendo de aquélla como similaridad máxima. La correspondencia de similaridad que constituye la noción de conocimiento permite, pues, grados. El retrato al óleo de un personaje es similar a éste, aunque él tiene sólo dos dimensiones, y éste tres. La similaridad prescinde en este caso de toda una parte de la realidad, su tercera dimensión, y, sin embargo, el cuadro es similar, *se parece* al retratado, no porque todo el retratado se parezca al retrato, sino porque *todo* lo que hay en el retrato es idéntico *a parte* de lo que hay en el retratado. Si consideramos el cuadro como una *serie de elementos,* los pigmentos, y el cuerpo del retratado otra serie de elementos, sus fragmentos visibles, encontramos entre ambas series una correspondencia similar, porque *a cada* elemento de la primera serie *corresponde* un elemento *idéntico* de la otra. Un retrato a línea del mismo hombre prescinde de más partes en la realidad de éste, pero conserva la identidad con algunas; su correspondencia con el objeto sigue, no obstante, siendo similar. Pero es evidente que habrá un límite en la dosis mínima de *identidad* entre imagen y modelo, entre lo pensado y lo real, para que la correspondencia de similitud exista.

Si con el conjunto de proposiciones físicas formamos un *corpus* y le llamamos teoría física, tendremos que en la física contemporánea sus proposiciones no tienen correspondencia similar con la realidad, es decir, que a cada proposición de la teoría física no corresponde nada en la realidad, y menos aún se parece lo enunciado por cada proposición física a algo real. El único contacto entre la teoría física y la realidad, consiste en que ella nos permite predecir ciertos hechos reales, que son los experimentos. Según esto, la física actual no pretende ser presencia de la realidad al pensamiento, puesto que éste, en la teoría física, no pretende estar en correspondencia similar con ella.

En la física contemporánea no cabe la posibilidad de modelos. Lo que la teoría física dice es transcendente a toda intuición y sólo admite representación analítica, algebraica. Nos encontramos ante una forma de conocimiento totalmente distinta de lo que este vocablo significa habitualmente. Ese conocimiento ciego se ha llamado por los mismos físicos conocimiento simbólico, porque en vez de conocer la cosa real, posee el conocimiento de su signo en un sistema de signos o símbolos.

---

[94] Aristóteles, *De Anima,* III, 8, 431^{b} 22.

A las dos razones antes expuestas hay que añadir, señalaba Ortega, las originadas por la mecánica cuántica, esto es, al principio de indeterminación, y al hecho que lo ha motivado. Lo de menos es que, como había dicho Planck, no quedándole ya a la materia más atributo que ocupar un lugar en el espacio, ahora según el principio de indeterminación queda deslocalizada, sin *ubietas,* como hubiera dicho Leibniz, y por tanto, como si la materia hubiese adquirido las determinaciones del alma cristiana. Esto sería una novedad en lo que se conoce, no una modificación en el modo o sentido del conocer mismo. Lo grave, para Ortega, está en que el concepto de indeterminismo es lo contrario de lo que la tradición consideraba como conocimiento.[95]

Pero lo aún más decisivo, para Ortega, es que esa indeterminación del elemento material proviene que el experimentador, al observar el hecho, no lo observa, sino que lo fabrica. No puede haber nada más contrario a lo que es conocer la realidad que hacer la realidad. El a priori más ineludible que nos proporcionó la tradición filosófica es el de la realidad respecto de su conocimiento. Pues sobre este supuesto reposa la diferencia entre lo Real y lo Posible desde Aristóteles.[96]

[95] O.C., T. VIII, p. 81.
[96] O.C., T. VIII, p. 82.

Habermas: La validez como construcción discursiva

Carlos María CÁRCOVA*

SUMARIO:

1. **Itinerario intelectual y presupuestos teóricos.**
2. **La validez como legitimidad en la concepción comunicativa y en el modelo de una política deliberativa: 2.1** *La producción de legitimidad.* **2.2** *Legitimidad y política deliberativa.*

---

* **Universidad de Buenos Aires,** Doctor, *Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Dr. Ambrosio L. Gioja,* Director. *Facultad de Derecho,* Profesor Titular Ordinario de Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho.

Aclaración bibliográfica: Las notas precedentes se han ordenado con difusas menciones bibliográficas. Me he visto obligado a ello por el peculiar estilo expositivo del autor. Jürgen Habermas razona de manera envolvente, en forma de "rizoma", dirían Deleuze y Guattari.

A primera vista parece repetirse, pero en cada giro, en cada torsión, introduce una sutil novedad. De este modo, resultó más sencillo una presentación holística, que intentara dar cuenta de los ejes centrales de su teoría, que seguirlo en forma ordenada. Para formular mi propia exposición me han sido de gran ayuda los trabajos de Fernando Vallespín, José María Mardones, Julio de Zan, Juan A. García Amado y fundamentalmente de Thomas McCarthy, que menciono más adelante. He citado el año de publicación de los trabajos originales del autor en alemán, pero cuanto he transcrito, corresponde a las traducciones al español que, en general, se indican más adelante. Por último, todas las citas del apartado 3.2 corresponden al Cap. I y al Prefacio de la versión española de *Facticidad y validez.*

3. El fundamento del derecho y su papel en el proceso de integración social: 3.1 *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?* **3.2** *El papel del derecho en el proceso de integración social.*
4. Final.

1. ITINERARIO INTELECTUAL Y PRESUPUESTOS TEÓRICOS

Jürgen Habermas ocupa un lugar de privilegio en el escenario del pensamiento socio filosófico contemporáneo. No sólo porque ha diseñado una teoría que aspira al mismo tiempo a explicar y fundamentar la sociedad; no sólo porque esa teoría luce el grado de complejidad y multidimensionalidad requerida hoy por el objeto sobre el cual versa; también porque en su factura, el autor ha exhibido un sorprendente nivel de erudición y una presencia intelectual permanente y gravitante en los grandes debates morales y políticos del fin del milenio.

Por sus características, no resulta fácil encasillarlo. Filósofo, sociólogo, jurista, antropólogo, lingüista, politólogo. En todas esas y seguramente en otras formas del pensamiento estilizado, nuestro autor se mueve con soltura. Ello ha aportado un nivel de densidad y de sofisticación a su teoría de la "acción comunicativa", decididamente inusuales. Sólo comparable, quizás, con el que se atribuye a la teoría sistémica de Nicklas Luhmann, su contemporáneo, su amigo, su contendiente y, junto con Karl Otto Apel, aunque de manera muy distinta, quien más ha influido en su pensamiento.

El itinerario que Habermas recorre en su formación y desarrollo filosófico muestran la diversidad de aportes que, finalmente, logró articular para la formulación de una perspectiva propia y original.

Nacido en 1929, recibe en primer término las enseñanzas del pensamiento clásico alemán (Kant, Fichte, Hegel) y la "cargada" influencia de época de Heidegger. Guiado por su interés en Freud y en Marx se acerca a la denominada Escuela de Frankfurt, y abreva en la obra de Horkheimer, Marcuse, Benjamin y en particular de Adorno, con quien mantiene una relación personal más estrecha. Al mismo tiempo, se interesa por los desarrollos de la filosofía analítica y la filosofía del lenguaje y por la teoría política de la democracia. Comparte con sus maestros, una visión crítica acerca de la ciencia social positivista, tanto desde el punto de vista epistemológico como desde el punto de vista político, denunciando la falacia de su pretendida neutralidad y afirmando la necesidad de construir una ciencia social emancipadora, en el sentido del proyecto marxiano. Sin embargo, aunque coincide con las críticas de Frankfurt a la emergencia de un modelo socio tecnocrático antihumanista, basado en lógicas instrumentales

y en una cultura de masas manipuladora y alienante, rechaza el radical escepticismo de la "dialéctica negativa" y comienza la tarea de estudiar las condiciones de posibilidad y los fundamentos que permitan tornar realizativas las "promesas incumplidas" de una modernidad que debe pensarse como "proyecto inacabado". Para ello será preciso, sostiene, encontrar un concepto de razón *más amplio* que el de la sociedad tecno-burocrática, *más universal y completo*, que implique al mismo tiempo una praxis política liberadora.

Con el propósito de desarrollar una teoría de la racionalidad de ese tipo, Habermas cree necesaria la cooperación de todas las ciencias sociales, la utilización de criterios metódicos multi y transdisciplinarios y el reapropiamiento crítico, del proyecto de la ilustración. Ese reapropiamiento crítico implica no desconocer las condenas de los pensadores de Frankfurt respecto de lo que definen como un nuevo modo de la barbarie (las grandes guerras, los holocaustos nucleares, la alienación producida por la cultura de masas, la autonomización perversa de las burocracias y del mercado), no supone dejar de lado los impulsos emancipatorios del marxismo, pero sí demanda fundar una nueva racionalidad que permita reconstruir los presupuestos institucionales y normativos de una "dimensión pública de la razón", como propusiera Kant. La teoría, por tanto debe, al mismo tiempo, ser *reconstructiva, crítica y normativa*, enlazando instrumentalidad y deliberación orientada al consenso: acción estratégica y acción comunicativa.

Sus ideas habrán de adquirir concreción modélica en 1981, con la publicación de su *Teoría de la Acción Comunicativa*, pero a ese trabajo de madurez llega a través de numerosos libros, ensayos y artículos. Una tarea muy vasta en la cual sus posturas definitivas se van componiendo, como en un complicado *puzzle*, poco a poco, a través de un complejo proceso de adquisición y autocorrección permanentes. Antes de entrar en el análisis central de estas notas, que refieren a la cuestión de la validez, convendrá hacer una brevísima referencia a los hitos principales de su obra.

En sus primeros textos (*Teoría y crítica de la opinión pública* [1962], *Teoría y Praxis* [1963]) formula una crítica ideológica del pensamiento burgués desde una impronta marxista, pero procurando desembarazarse de ciertos presupuestos que, a su juicio, resultan ya inadecuados para el análisis del capitalismo maduro.

Conocimiento e interés (1968) despliega la tesis de que la noción de "competencia comunicativa" constituye la base para una comprensión de lo social orientada a la emancipación. El conocimiento –explica– está guiado por algún

interés. A través del conocimiento nos apropiamos de la naturaleza para servirnos de ella. Nuestra acción atiende a fines, a cálculos, es una acción instrumental. Sin embargo, como toda actividad social, debe expresar su sentido y lo hace a través del lenguaje en cuyo seno, afirma siguiendo a Benjamin, a Harendt y a otras tradiciones intelectuales, se alojan las condiciones de posibilidad de la razón.

Al lado del interés instrumental sustentado en el conocimiento de las ciencias empírico-analíticas, existe también un interés práctico que consiste en entender el significado de la experiencia humana y que se apoya en el conocimiento de las ciencias histórico-hermenéuticas. Pero también es posible, añade, reconocer un interés emancipatorio. Éste se basa en el conocimiento que brinda la autorreflexión, acerca de la realidad de la dominación social. La dominación es "opaca", se inviste como naturaleza ocultando su condición de artificio, esto es, de pura creación humana. La liberación se alcanza, cuando es posible dar cuenta del artificio, develarlo. El interés emancipatorio consiste en el rechazo del irracionalismo individual y de la injusticia social. Desmontar los mecanismos que ocultan uno y otra, posee potencia transformadora.

En estas ideas se encuentran claramente inscritas, las influencias de Freud y su teoría del inconsciente y de Marx y su teoría de la ideología como falsa conciencia.

En *Crisis de legitimación en el capitalismo tardío* (1973) denuncia las contradicciones de la social democracia en cuanto en ese modelo societal la decisión política se autonomiza de la voluntad de los ciudadanos para ser producida por los mecanismos sistémicos de la administración y el mercado. La legitimación no se alcanza en tales circunstancias, porque la acción estratégica orientada por finalidades individuales y egoístas, termina por colonizarla y subordinarla. Ya aquí, el paradigma productivista del marxismo, comienza a ser desplazado por el nuevo paradigma comunicativo. A la noción de trabajo habrá de agregarse la de *interacción,* que abarca otras dimensiones de la socialidad, productoras también de sentido. De un sentido que aspira a la comunicación intersubjetiva en el espacio público, liberado de coacciones. Por cierto, el espacio público de la comunicación liberado de coacciones, opera en Habermas como horizonte de sentido, en una perspectiva reconstructiva. El no ignora sino que, al contrario, señala y critica, la multiplicidad de mecanismos de hegemonía y dominación social que, en la práctica, lo estructuran.

La reconstrucción del materialismo histórico (1976) le permite desembarazarse definitivamente del paradigma productivista y, apoyado fundamentalmente en Kohlberg, pero también en Gehlen, dos destacados antropólogos, diseñar su concepción comunicativa de la evolución de la sociedad humana.

2. LA VALIDEZ COMO LEGITIMIDAD EN LA CONCEPCIÓN COMUNICATIVA Y EN EL MODELO DE UNA POLÍTICA DELIBERATIVA

2.1 *LA PRODUCCIÓN DE LEGITIMIDAD*

La *Teoría de la Acción Comunicativa*, es preciso señalarlo con claridad previo a intentar su esbozo, es una concepción moderna y eurocéntrica del modo de existencia de la sociedad actual y de su evolución. Habermas está pensando en la sociedad occidental "avanzada", para decirlo de modo preciso. Está pensando en las poliarquías de R. Dhal, en el capitalismo maduro, con instituciones democráticas que, cualesquiera sean sus déficits, funcionan con cierto nivel de eficacia y apego a las reglas. En democracias que se reconocen a sí mismas como sociedades pluralistas, interraciales e interreligiosas y que enfrentan una crucial dialéctica entre particularismo y universalismo, en la que, consistente con sus premisas generales, él juega sus cartas a favor de este último. Aunque, con la inocultable y nada superficial debilidad de hacerlo desde la perspectiva de su propio "mundo de vida", desde la perspectiva de su "cultura situada", en un universo cruelmente fragmentado, desgarrado por conflictos étnicos, raciales, religiosos y de género, entre otros, que no podrán superarse con "guerras justas", sino con reconocimientos recíprocos que importen, ante todo, producción de respeto por lo diferente y producción colectiva de equidad y justicia distributiva.

Volviendo a sus ideas. Se trata de advertir, he aquí lo nuclear de su posición, que la sociedad contemporánea no expresa sólo una racionalidad instrumental, expresa también una racionalidad comunicativa, que demanda diálogo y buenas razones para admitir y fundamentar ciertas prácticas institucionalizadas. Por cierto que subsisten los riesgos, cada vez más amenazadores, de que el mundo de vida sea colonizado por los sistemas, que la moral –para subrayarlo en términos particulares– sea definida por el mercado. Frente a tales riesgos, Habermas afirma el valor emancipatorio de la crítica deconstructiva, de la denuncia de los mecanismos expoliatorios, en el despliegue deliberativo de la interacción pues, afirma, la realidad se construye como sentido en el intercambio dialógico.

> La utilización del lenguaje dirigida al entendimiento constituye el modo original de su uso(...) respecto del cual las utilizaciones instrumentales son parasitarias.

Dado que con el lenguaje también se engaña, sólo ciertas condiciones específicas, que operan como presupuestos de validez de la comunicación, conducen a la verdad por consenso. Comprensibilidad, veracidad, rectitud, valor ilocutivo de lo que se dice, caracterizan lo que el autor denomina la *"situación ideal de diálogo"*, que debe entenderse como construcción heurística, de naturaleza contrafáctica. Este concepto, como el de la denominada *"posición original"* de J. Rawls en su *Teoría de la Justicia,* ofrece variados argumentos a los críticos de cada uno. Muchos de esos argumentos pueden resultar valederos, pero los más están basados en el equívoco de suponer que los autores pretenden describir alguna realidad fáctica. En el caso de Habermas, se trata de pensarlas como condiciones trascendentales, ínsitas en la naturaleza misma de la comunicación humana, que permiten aprehender por comparación, el rango de aquellas situaciones que reclaman para sí justificación racional. El método, aunque más complejo, se asemeja al empleado por Max Weber al caracterizar y emplear cognitivamente la noción de *"tipos ideales"*.

La desaparición de las garantías metasociales por una parte y la progresiva diferenciación de distintos ámbitos especializados y autonomizados de la interacción (economía, política, arte, derecho, moral, etc.), por la otra, construyen diversas concepciones de vida y una moral postconvencional, que no se basa en convenciones aceptadas, sino que exige argumentos y razones (Kolhberg). El principio del discurso, en los términos del autor, teoriza los mecanismos comunicacionales que hacen posible extraer del intercambio de argumentos y razones, la validez o legitimidad de la acción social considerada. Lo hace al señalar cuáles son las condiciones de la así llamada "situación ideal de diálogo": los interlocutores deberán gozar de una situación igualitaria libre de coacciones, poseer equivalente competencia lingüística, idéntica capacidad para introducir temas de la agenda, actuar orientados al consenso, respetar la fuerza ilocusionaria de lo que dicen y aceptar la regla de la mayoría como sucedáneo del consenso, cuando éste no pueda ser alcanzado en tiempo propio. La acción comunicativa coordina nuestras acciones más allá del interés y la coacción, porque los hablantes prestan su consentimiento en tanto participantes libres de un intercambio argumentativo basado en razones. *"Sólo son válidas aquellas normas en que todos los afectados puedan consentir como participantes en un diálogo racional"*. Esta regla que Habermas propone tanto para la moralidad pública como para la decisión política, tiene su expresión específica en el campo del derecho, según lo veremos más adelante.

Fue Max Weber quien acuñó una expresión que ha tenido fortuna en la teoría política y social, cuando caracterizó a la "forma poder", construida por la mo-

dernidad, como un o*rden desencantado*. Esto es, un fundamento de la sociedad que no se apoyaba ya en la idea de Dios, Naturaleza o Razón, que había abandonado toda garantía metasocial y que sólo podía encontrar justificación, según su punto de vista, en su propia performance, es decir, en la eficacia de los principios de racionalidad instrumental que la animaban. Habermas reprocha a esta visión y al positivismo que la hereda, no comprender que la integración social (el pacto de socialidad) requiere no sólo de mecanismos sistémicos que proceden según una lógica propia, autopoiética, en términos de Luhmann, reproduciendo sociedad a través de la eficacia y funcionalidad de las relaciones, sino también de mecanismos comunicativos, a través de los cuales se alcanza la autocomprensión moral de la interacción, para compartir un mundo de vida constituido por valores como "justo", "bueno" o "verdadero".

2.2 *LEGITIMIDAD Y POLÍTICA DELIBERATIVA*

En las sociedades democráticas avanzadas, las prácticas políticas institucionalizadas, aunque no coincidan exactamente con los presupuestos habermasianos, recogen parte considerable del denominado "principio del discurso". Los presupuestos de lo que ha descrito como condiciones ideales de diálogo, adquieren consagración positiva en los diseños constitucionales que consagran un sistema de garantías fundamentales, cuyo núcleo lo constituyen los "derechos humanos" y su expansión histórica (libertades negativas, derechos económico-sociales, derechos ambientales, de las generaciones futuras, etc.) y juegan coordinadamente con la materialización del "espacio público de la comunicación", un espacio descentrado, que nadie puede intentar monopolizar, sin quebrantar la regla de juego democrática. Todo lo cual supone un sistema de libertades básicas, formación de la voluntad política a través del consenso o la regla de la mayoría y acceso franco e ilimitado a la información.

Al garantizar formas generalizadas de participación de la ciudadanía en el discurso público, las decisiones se dotan de validez formal pero también de validez racional/material. El principio del discurso opera como democratizador y legitimador. Una vez más, es ésta una perspectiva reconstructiva. La realidad –como dice José María Mardones (1994)– es menos elegante, menos limpia y más dolorosa. Sin embargo, la razón y sus astucias, también se juegan en la historia. El principio del discurso es procedimental, intersubjetivo y basado en el diálogo público reflexivo. No hay en las tesis de Habermas ningún parentesco con las "filosofías de la conciencia" (*rational choice*), vertiente que rechaza en forma explícita. El carácter comunicativo de la legitimidad se construye mediante la circulación del sentido, en una sociedad descentrada y pluralista.

El autor recoge el aporte de Bobbio para distinguir y caracterizar a la democracia respecto del autoritarismo. Se trata de saber quién toma las decisiones y qué procedimientos utiliza. Es posible encontrar allí, en esa concepción minimalista de naturaleza procedimental, el núcleo de una política deliberativa. También es posible encontrarlo en las condiciones que describe R. Dahl y que coinciden con las de Habermas: esfera pública, opinión pública, espacio público de la comunicación, he aquí lo medular de una política basada en la deliberación y en las buenas razones.

Con estas ideas fundamentales, nuestro autor entiende que su construcción sintetiza y al mismo tiempo supera, las tesis de los otros dos modelos vigentes, el liberalismo y el comunitarismo. El primero, sólo percibe como fundamento de la formación de la voluntad democrática un compromiso de intereses, protegido por las garantías negativas, que supone el funcionamiento del Estado de Derecho. En el extremo opuesto, el segundo afirma un proceso de autocomprensión y reconocimiento ético, mediante el cual los miembros de una comunidad solidaria, de carácter cuasi natural, se tornan conscientes de su recíproca dependencia y la ejercen con la voluntad de lograr una asociación de ciudadanos libres e iguales.

Si la concepción liberal está fundada en el egoísmo posesivo y la lógica del mercado, la concepción comunitarista supone un utópico estrechamiento ético del proceso político, que excluye toda acción no altruista. El modelo de una política deliberativa se basa tanto en negociaciones como en discursos de autoentendimiento. En acción estratégica y en acción comunicativa. No pone tanto énfasis en la conciencia ciudadana, cuanto en los procedimientos estatuidos. Afirma una intersubjetividad de orden superior, representada por el espacio público de la comunicación, en el que se entrecruzan discursos institucionales con otros que se generan en el seno de la sociedad civil. Comunicaciones exentas de sujeto que inducen una formación más o menos racional de la opinión y de la decisión de los ciudadanos y que desembocan en opciones electorales y resoluciones legislativas que transforman así, poder comunicativo en poder administrativo. Con ello la sociedad se diferencia tanto del mercado, como del estado.

Llegados a este punto, podemos adentrarnos no sólo en el fundamento comunicativo del derecho según la concepción del autor analizado, sino también en el papel que este subsistema cumple en el proceso de integración social.

3. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO Y SU PAPEL EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN SOCIAL

3.1 *¿CÓMO ES POSIBLE LA LEGITIMIDAD POR VÍA DE LA LEGALIDAD?*

Con este título, Habermas comenzó a tratar el tema del derecho en un trabajo de finales de los 80, publicado en español en el N° 5 de la Revista DOXA. *"Voy a sostener* –decía al inicio– *la tesis de que la autonomización del sistema jurídico no puede significar una desconexión completa de derecho y moral, por un lado, y de política, por otro".* Para fundarla analiza, en principio, el modo en que el derecho gana autonomía en el tránsito de la sociedad estamental a la sociedad burguesa; luego, el proceso de desaparición de las garantías metasociales como fundamento del orden jurídico y, finalmente, las conexiones internas que en la modernidad tardía articulan derecho y moral.

Si bien es cierto, sostendrá, que los fundamentos morales del derecho positivo no pueden ya basarse en la idea de un derecho natural racional superior, tampoco pueden eliminarse sin más, so pena de privar al derecho del momento de incondicionalidad que necesita, al estar sujeto a las contingencias de cambios crecientes. Hay que mostrar cómo, en el interior de un derecho positivo, puede estabilizarse el punto de vista moral, a través de una formación imparcial del juicio y de la voluntad. La moralidad al interior del derecho devendrá de un procedimiento que se regula a sí mismo, controlando su propia racionalidad. Este es, en pocas palabras, el programa que aquí insinúa y que concretará en el extenso desarrollo de *Facticidad y validez (1992)*. La legalidad engendrará legitimidad, en la medida en que el orden jurídico positivo sea el resultado de procedimientos de fundamentación permeables a los discursos morales, que ponen en práctica la idea de imparcialidad para la conexión entre el derecho vigente, los procedimientos legislativos y los mecanismos de su aplicación.

Ello no implica la confusión entre derecho y moral, porque los procedimientos jurídicos cumplen aproximadamente las exigencias de una racionalidad procedimental perfecta, toda vez que se encuentran institucionalizados mediante criterios independientes que permiten a un no implicado, poder determinar si la decisión tomada es o no ajustada a derecho. Ello no ocurre con el discurso moral que, por esa razón, es el producto de una racionalidad incompleta o imperfecta. En el derecho actual, la moral se ha integrado al orden bajo formas procedimentales, esto es, no implica un contenido normativo determinado, sino un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles.

Aunque redundante, parece necesario subrayar una vez más, que el planteo de Habermas reconstruye, si acaso con acierto, el funcionamiento de las sociedades occidentales con democracias estables y desarrolladas. Las palabras con las que concluye el trabajo que venimos comentando son especialmente ilustrativas:

> …Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la legislación y la administración de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y del juicio y, por esta vía permiten que penetre tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo ético. No puede haber derecho autónomo, sin democracia realizada.

Las realidades del resto del mundo, esas realidades que hablan de marginaciones, discriminaciones, violencias políticas o religiosas o étnicas, de género o de opción sexual, de dependencias económicas y de "riesgos país", deberían convocar a los filósofos y moralistas a un nuevo debate acerca de la democracia y, sobre todo, de la democracia no realizada.

3.2 *EL PAPEL DEL DERECHO EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN SOCIAL*

El concepto de razón práctica es acuñado en la modernidad. El marxismo, en términos de una filosofía de la historia, concebía a la sociedad emancipada como la que habrá de administrarse democráticamente a sí misma. Pero el positivismo primero y las teorías sistémicas después, desplazan el papel de la razón práctica, hacia la autopoiésis de sistemas regulados de modo puramente autorreferencial.

La razón ya no puede devolverse a la sociedad por vía del derecho natural, sino situándola en el lenguaje y conectándola con la moral pero no de manera exclusiva, permitiendo advertir sus vínculos con consideraciones funcionalistas y explicaciones empíricas. La razón comunicativa presupone las condiciones básicas de la llamada situación ideal de diálogo, a partir de las cuales se establecen los procedimientos y no los contenidos concretos que permiten la creación de normas con pretensiones de validez. La razón práctica cobra aquí un sentido heurístico: ofrece un hilo conductor para la reconstrucción de los discursos formadores de opinión, en los que se basa el poder democrático ejercido como derecho.

De una manera muy clara, lo que no siempre es frecuente, Habermas define su programa en el primer capítulo de "*Facticidad y Validez",* constatando la esci-

sión existente respecto del derecho y la política, entre las teorías normativistas y las descriptivistas:

> …La tensión entre planteamientos normativistas que siempre corren el riesgo de perder el contacto con la realidad social, y los planteamientos objetivistas que eliminan todos los aspectos normativos, puede servir como advertencia para no empecinarse en ninguna orientación ligada a una sola disciplina, sino mantenerse abiertos a distintos puntos de vista metodológicos (participante *vs* observador), a diversos objetivos teóricos (reconstrucción efectuada en términos de comprensión y de análisis conceptual *vs* descripción y explicación empíricas), a las diversas perspectivas que abren los distintos roles sociales (Juez, político, legislador, cliente de las burocracias estatales y ciudadano) y a distintas actitudes en lo que se refiere a pragmática de la investigación (hermenéutica, crítica, analítica, etc.). Las investigaciones que siguen se mueven en este amplio campo.)

Así, la reconstrucción encarada se vale tanto de la teoría sociológica del derecho, como de la teoría filosófica de la justicia, asumiendo la tensión insoslayable entre facticidad y validez, entre sociedad y razón, y reconociendo las coerciones bajo las cuales se reproduce la vida social, pero reconociendo también el papel de los discursos y de las prácticas que dan sentido a la autoconciencia de la vida.

En resumen, puede decir, siguiendo a Frege, que los individuos no son portadores de conciencia, sino de representaciones. Las representaciones son propias de cada uno, al contrario de los pensamientos que, en lo que a su contenido se refiere, son los mismos pensamientos para todos los individuos. Pensamientos y estados de cosas, sólo son accesibles en tanto se pueden exponer, esto es, expresar en oraciones (Primer momento del giro lingüístico) y poseer para los interlocutores idéntico significado, al menos al interior de una comunidad de lenguaje. Son las reglas gramaticales las que permiten entender la forma estable de los sucesos comunicativos y reconocerlos más allá de sus variaciones.

Pero el carácter público y social del lenguaje no radica sólo en las reglas de formación sintáctico-semánticas, sino como planteará Peirce, en las dimensiones pragmáticas del lenguaje, en las que al lado del mundo representado por el lenguaje (relación diádica) aparece el posible intérprete (relación triádica). Así el mundo como conjunto de los hechos posibles, se constituye para una comunidad de intérpretes. Dice Habermas textualmente*:*

> La pretensión de verdad de un proponente, cuando está justificada, habrá de poder defenderse con razones frente a las objeciones de posibles oponentes y al cabo habrá de poder contarse con un acuerdo racionalmente motivado de la comunidad de interpretación en conjunto.

De este modo, la tensión entre facticidad y validez queda absorbida por los presupuestos comunicativos que, aunque tengan un contenido ideal y, por ello, sólo puedan realizarse aproximativamente, han de ser tenidos de hecho en cuenta por los implicados, cuando afirman o controvierten la verdad de un enunciado o su validez, en términos argumentativos. Aquella tensión se estabiliza en el proceso de integración social que se cumple a través del derecho positivizado. En efecto, cuando la interacción social no se produce como resultado de una violencia manifiesta, es porque se genera por la coordinación de los planes de diversos actores. Cuando esa coordinación cobra continuidad, origina patrones de comportamiento que reducen la complejidad, al reducir el marco de posibilidades de elección de los participantes, que estandarizan sus comportamientos haciéndolos, de tal modo, previsibles.

Cuando los acuerdos que dan lugar a patrones de comportamiento, esto es a normas, descansan en motivaciones racionales que presuponen poder decir que no, se estabilizan las expectativas de comportamiento recíproco de manera no coactiva. Sin embargo, es preciso disminuir el riesgo de las contingencias y de la inestabilidad que harían improbable la integración social mediante contextos del mundo de vida (contextos culturales en otros términos) que aseguren masivos consensos.

En las sociedades pre-modernas la estabilización de las expectativas de comportamientos recíprocos provenían de los mitos, de los relatos, de las tradiciones o del poderoso nivel de lo sacro.

En las sociedades desencantadas y complejas, en las que se individualiza lo biográfico, pero se pluralizan las formas de vida y las visiones del mundo, la integración de los individuos proviene de su capacidad de interactuar comunicativamente, al tiempo de reconocer su necesidad de interactuar también estratégicamente.

Sin embargo, esta última dimensión no opera como en Hobbes o en la teoría de los juegos, como creación de un orden puramente instrumental, sino incluida en un mundo de vida, en donde la fuerza vinculante de convicciones racionalmente motivadas, se apoya en sanciones externas producidas por el derecho el

cual regula así normativamente, las interacciones estratégicas. Ello produce integración social y no sólo integración sistémica, porque la lógica ciega del sistema (económico/administrativo) que se estructura según un código instrumental (dinero/poder) se subordina a un tipo de consenso que es vinculante para todos los participantes, porque ellos han estado incluidos en el proceso comunicativo que le dio origen. Así, el derecho objetivo dota a las libertades subjetivas y a su ejercicio, de la garantía de coerción por él establecida.

Con la evolución social y la monopolización de la coerción por el Estado, las facultades de la libertad individual se ejercen a través de la acción jurídica o demanda. De este modo las normas jurídicas, como quería Kant, son al mismo tiempo leyes coercitivas y leyes de libertad. Vale como derecho, sostiene Habermas, lo que conforme a procedimientos jurídicamente válidos, queda sancionado como derecho. Pero esta validez es al mismo tiempo vigencia (eficacia/facticidad) y legitimidad.

Y agrega el autor:

> Ahora bien, la validez jurídica de una norma –y en esto consiste su gracia– significa que vienen garantizadas **ambas cosas a la vez**: tanto la legalidad del comportamiento en el sentido de una observancia que en caso necesario se consigue mediante sanciones, como también la legitimidad de la regla misma, que hace posible en todo momento una observancia de la norma por respeto a la ley.

El orden jurídico debe garantizar las libertades recíprocas. También el orden moral. Pero en el caso del derecho es el legislador político quien ha de generar tal resultado, razón por la cual el proceso de producción de normas es el auténtico lugar de la integración social, porque el procedimiento democrático de sanción de normas, supone la aceptabilidad racional de estas últimas.

> En la positividad del derecho no se expresa la facticidad de una voluntad arbitraria y absolutamente contingente, sino una voluntad dotada de legitimidad, que se debe a la autolegislación presuntivamente racional de ciudadanos políticamente autónomos.

El derecho moderno sustituye convicciones por sanciones, dejando a discreción de los individuos las razones del acatamiento a las reglas, pero imponiendo dichas sanciones en caso negativo. Ello se funda en que los miembros de la comunidad suponen que, en el ejercicio libre de sus competencias y voluntad política, darían legitimidad a las reglas a las que están sujetos.

Las sociedades modernas se integran socialmente, esto es, a través de normas y valores compartidos, y también sistémicamente a través del mercado y los aparatos burocráticos de la administración, en los que la acción deliberada de los participantes es sustituida por mecanismos objetivados. La institucionalización jurídica permite la articulación de ambos modos de integración a través de la acción comunicativa. El derecho nutre su capacidad de integración social de la noción de solidaridad, pero además instituye los mecanismos de la acción estatal y de las operaciones económicas. Contiene así, muy diversas demandas y finalidades, que muchas veces se sirven de su fuerza legitimadora encubriendo formas de imposición o hegemonía que, en verdad, son puramente fácticas. Muy a menudo, advierte Habermas, el derecho presta al poder ilegítimo una apariencia de legitimidad. Así y todo, en una sociedad pluralista y democrática, la posibilidad de la crítica y del cambio, preserva el papel positivamente integrador del derecho.

Sobre todo del derecho constitucional, que Habermas identifica como aquél en el que se consagran las garantías fundamentales, inspiradas por los discursos de autoentendimiento, solidaridad y reconocimiento recíproco. Normatividad constitucional que jerarquiza, por sobre el materializado ámbito del derecho de la ley. Este último, proclive, en cambio, a ser colonizado por las autonomizaciones perversas de los sistemas del dinero y el poder.

Es posible que en su apuesta al "patriotismo constitucional", del que hablan sus últimos textos, pueda identificarse una pulsión político-filosófica homóloga a la voz de orden de Luigi Ferrajoli: "constitucionalizar las leyes y su aplicación positiva". Privilegiar las garantías del pacto de socialidad.

De este modo sí, poniendo en acto, transformando en realidad, las promesas incumplidas de la ilustración y de la modernidad, podremos reclamar un lugar de legitimidad en el debate intercultural. Si Occidente tiene los méritos que para sí reivindica, es claro que ellos no anidan en las ojivas nucleares, ni en los misiles tomahawk, sino en aquellos legados.

4. FINAL

El pensamiento de Habermas es rico y polémico. Para muchos de sus críticos representa, sin más, un retorno trasvestido, a formas superadas del kantismo. Para otros, como Luhmann, sobre todo en *"Facticidad y validez"*, por las importantes novedades que Habermas introduce en su teoría, estaría expresando un concepto normativo de racionalidad que, sin embargo, no debe ser entendido como un concepto moral. La moral, como el derecho, serían ámbitos en

que se levantan pretensiones de validez, pero no hay una única forma en la cual nos interrogamos sobre la validez de una conducta y pedimos para ella consenso y respeto. Su posición, ahora, sería menos trascendental en el sentido kantiano y más ligada a la filosofía del lenguaje. De tal modo, él también se habría involucrado en el conocido "giro lingüístico". Y concluye Luhmann su comentario, con benevolente ironía:

> Ahora con relación a la filosofía de la democracia, su modelo es tributario del de la democracia participativa, que se afirma en Alemania a partir de los años sesenta… Él sostiene que los individuos que vengan a ser alcanzados por una decisión política deben participar del procedimiento para adoptarla, lo que constituye una idea utópica, como se comprueba considerando sólo el hecho banal de que muchos de esos individuos ni siquiera han nacido aun. (Reportaje en "Alter Agora", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santa Catarina –Brasil–, realizado por el Profesor Willys Santiago Guerra (F), N° 1, Mayo, 1994.)

No menos incisivas han sido las críticas que a la concepción habermasiana se formularon desde la perspectiva del feminismo filosófico. Con él han polemizado Nancy Frazer, Carole Bateman, Sheyla Benhabid o Judith Butler, para citar sólo a algunas de las representantes más importantes de esa corriente que expresan entre ellas, de todos modos, puntos de vista muy disímiles.

Son más conocidos en el campo de la jusfilosofía, los debates que mantuviera con pensadores como Rawls, Dworkin, Taylor, Foucault o Derrida.

Sin embargo, este panorama confirma lo dicho al comienzo: Jürgen Habermas es uno de los intelectuales insoslayables del pensamiento de entre siglos porque, entre otros méritos, sus propuestas contienen enlaces con los más levantados ideales de construcción civilizatoria.

BIBLIOGRAFÍA

DE ZAN, Julio (1993). *Libertad, poder y discurso*. Almagesto, Buenos Aires.

FREITAG, Bárbara y otro (1980). *Habermas*, Ed. Atica, San Pablo.

GARCÍA AMADO, Juan A. (1997). *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad del Externado, Bogotá.

GHELEN, Arthur (1993). *Antropología filosófica*, Paidós, Barcelona.

HABERMAS, Jürgen (1975). *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío.* Amorrortu, Bs. As.

_____ (1981). *Sobre la reconstrucción del materialismo dialéctico,* Taurus, Madrid.

_____ (1982). *Conocimiento e interés*, Taurus, Madrid.

_____ (1987). *Teoría de la Acción Comunicativa I y II*, Taurus, Madrid.

_____ (1989). *Teoría de la Acción Comunicativa complemento y estudios previos*, Cátedra, Madrid.

_____ (1989b). *El discurso filosófico de la modernidad,* Taurus, Madrid.

_____ (1990). *El pensamiento postmetafísico,* Taurus, Madrid.

_____ (1992). *Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa*, Debats, núm. 39, Frankfurt.

_____ (1994). *Conciencia moral y acción comunicativa*, Planeta Agostini, Madrid.

_____ (1998). *Facticidad y validez,* Ed. Trotta, Madrid.

KOHLBERG, Lawrence (1998). *De lo que es a lo que debe ser.* Almagesto, Bs. As.

MARDONES, José María (1994). *Teorías de la legitimación del poder hoy. Jürgen Habermas y la teoría del discurso.* Sistema N° 120, Madrid.

McCarthy, Thomas (1987). *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas,* Tecnos, Madrid.

Algunas consideraciones sobre el problema de la identidad de los órdenes jurídicos con especial referencia al Derecho venezolano vigente

Alma Adriana CHACÓN HANSON*

SUMARIO:

Introducción

1. **Vinculación entre la identidad del orden jurídico y los criterios de pertenencia de los sistemas a un orden jurídico.**
2. **Determinación del sistema originario: 2.1** *La norma fundamental kelseniana.* **2.2** *Concepción de Hart: la regla de reconocimiento.* **2.3** *Concepción de Joseph Raz.* **2.4** *Otros criterios.*

---

* **Universidad Central de Venezuela,** Abogada, mención *Summa cum laude, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios para Graduados,* Aspirante al Título de Doctor en Derecho, *Escuela de Derecho,* Profesora. **Universidad Católica Andrés Bello,** *Facultad de Derecho,* Profesora, *Equipo de Reforma Judicial del Acuerdo Social para el Desarrollo y la Superación de la Pobreza,* Co-coordinadora. **Universidad de Carabobo,** *Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas,* Profesora. **Congreso de la República,** *Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica*, Abogada Investigadora. (1992-1999). **Asamblea Nacional,** Asesora Externa (1999-2002). Autora de diversos estudios en publicaciones especializadas, amén de preparar nuevos capítulos y actualizar el libro **Introducción al Derecho,** de Luis María Olaso S.J. (2003).

3. **El orden jurídico venezolano: 3.1** *El paso de la Constitución del 61 a la Constitución del 99:* **3.1.1** Primer período: la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente. **3.1.2** Segundo período: conformación de la Asamblea Nacional Constituyente y aprobación de la nueva Constitución. **3.1.3** Tercer período: De la transición a la entrada en vigor de la nueva Constitución. **3.2** *Las versiones de la Constitución de 1999.*
Consideraciones finales

INTRODUCCIÓN

Una de las ideas más debatidas en la Ciencia del Derecho, es la consideración del conjunto de normas como un sistema jurídico. Las razones de la discusión estriban en que no hay uniformidad acerca de lo que se entiende por sistema ni en qué aspectos reside el carácter sistemático de dicho conjunto, tampoco en el alcance del concepto. Los problemas se complican cuando se toma en consideración que ese conjunto de normas puede ser visto desde una perspectiva *estática*, haciendo una selección de un determinado intervalo temporal para su estudio, donde los elementos permanecerían invariables. O bien, desde un punto de vista *dinámico*, en el que se visualiza al sistema como una secuencia o sucesión temporal de subconjuntos, ya que a cada intervalo correspondería un subconjunto integrado por componentes distintos,[1] producto de los cambios suscitados con ocasión de la promulgación y derogación de normas. A estos planos de análisis se les acuña respectivamente con las denominaciones *sistema jurídico* y *orden jurídico*.[2]

Es así como el conjunto de normas que conocemos como Derecho nacional u ordenamiento jurídico vigente –dado su carácter dinámico– puede ser visto como una secuencia integrada por varios sistemas jurídicos o subconjuntos, cada uno de los cuales corresponde a un cierto intervalo temporal. Ahora bien ¿Cómo establecer que un sistema jurídico forma parte de un ordenamiento jurí-

[1] Si partimos de la idea de que el sistema jurídico es un conjunto, con la "adición" o "sustracción" de elementos, ya no sería el mismo conjunto sino otro. De esta forma un orden jurídico puede ser estar integrado por los sistemas jurídicos S_1, S_2, S_3... S_n hasta que ocurra una ruptura del mismo.

[2] Esta distinción ha sido sostenida por autores como: (Alchourrón-Bulygin ('91): *Análisis Lógico y Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid; Guastini ('99) R.: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Ed. Gedisa. Barcelona. Caracciolo ('88), R.: Ricardo Caracciolo, *Sistema Jurídico. Problemas actuales.* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid; Vilajosana ('98) J.: Josep M. Vilajosana, *Dinámica de Sistemas y persistencia de normas jurídicas*. *Doxa* Nº 21-I. Alicante. Moreso-Navarro ('93), José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro, *Orden Jurídico y Sistema Jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos.* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

dico? ¿Cuándo se produce una ruptura de ese ordenamiento jurídico? ¿Qué criterios nos sirven para precisar que estamos en presencia del mismo ordenamiento jurídico o ha surgido uno nuevo? Los modelos teóricos han planteado algunos criterios a los efectos de establecer el fundamento de la unidad y a la vez identidad del orden jurídico. No obstante aún no tenemos explicaciones satisfactorias, pues se trata de un problema que no tiene respuestas en el mismo sistema.

Por otra parte, la identidad del orden jurídico es una cuestión que también tiene implicaciones prácticas, en particular en ordenamientos como el nuestro que han sido objeto de profundos cambios aparentemente fundados en el mismo orden. Si inquirimos acerca de cuál es el orden jurídico actualmente en vigor en nuestro país, tendríamos dos o más respuestas. Algunos pudieran sostener que éste se inició con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada mediante referéndum realizado el 15 de diciembre de 1999, pues la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente no era un mecanismo de reforma constitucional previsto en la Constitución. Otros afirmarán, que pese al cambio constitucional no hay solución de continuidad, tratándose del mismo orden jurídico dadas las especificidades que rodearon la transición de la anterior Constitución a la actual, así como el mantenimiento de la vigencia de las normas legales y reglamentarias dictadas en el marco constitucional del 61. Asimismo, existen tres versiones diferentes de la Constitución del 99,[3] por lo que si nos acogemos a las tesis que defienden la integración del sistema jurídico por normas propiamente dichas (significados), podríamos estar en presencia de tres órdenes distintos.

Visto el interés que suscitan las anteriores consideraciones, en el presente trabajo expondremos los distintos criterios que desde el plano teórico se han expuesto para afirmar la identidad de los órdenes jurídicos, para en una segunda parte, analizar el problema en relación con el ordenamiento jurídico venezolano.

1. VINCULACIÓN ENTRE LA IDENTIDAD DEL ORDEN JURÍDICO Y LOS CRITERIOS DE PERTENENCIA DE LOS SISTEMAS A UN ORDEN JURÍDICO

[3] En este sentido, el Ministerio Público interpuso ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, un recurso de interpretación por "alteración de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela... de los artículos 30, 47, 189, 266 numeral 3; 271, 336 numeral 10, toda vez que no existen dudas de haberse producido cambios en el texto constitucional, luego de haber sido aprobada mediante referéndum consultivo realizado el pasado 15 de diciembre de 1999". En: *Ámbito Jurídico* (2002). Legis. Año IV. Nº 54. Caracas, 7.

Las investigaciones recientes sobre los sistemas jurídicos, toman como punto de partida el concepto de validez en sentido *descriptivo*, concibiendo a los conjuntos normativos como especies de sistemas formalizados, mediante los cuales es posible reconocer sus componentes a través de reglas contenidas en los mismos sistemas. Así, a diferencia de Kelsen o de otras concepciones sistemáticas anteriores, que definían al sistema jurídico como conjunto de normas, donde el problema se trasladaba a la noción de norma; se define el sistema jurídico por ciertas propiedades (carácter coactivo, institucionalizado) y sus elementos son aquellos que pueden adscribir su pertenencia al sistema con fundamento en las normas que se incluyen en dicho sistema. De tal manera que un enunciado normativo pertenecerá al sistema si satisface las reglas o normas sobre la producción normativa, por ejemplo, el enunciado X formará parte del sistema Y, si ha sido dictado por una autoridad Z, y la autoridad Z tiene competencia para ello de acuerdo a la norma N. Asimismo un sistema jurídico (en sentido estático) que no es más que un conjunto de normas cuya pertenencia se ha establecido con fundamento en el criterio anterior, formará parte de una secuencia de conjuntos (orden jurídico) si sus integrantes satisfacen dichas reglas.

A su vez la uniformidad de los criterios de pertenencia de los sistemas a un orden, determina la identidad del mismo. Según Caracciolo, la pertenencia de distintos sistemas a un orden jurídico se puede definir de acuerdo al denominado "criterio de legalidad", el cual exige que las normas que integran los sistemas sucesivos hayan sido dictadas por un órgano autorizado y de acuerdo a un procedimiento establecido en un sistema precedente que integra el mismo orden jurídico. Esto es expresado en forma canónica así: "Un sistema normativo S_t pertenece al orden jurídico O_j si, y sólo si: a) las normas inéditas de S_t, con respecto al contenido del sistema anterior S_{t-1} que pertenece a O_j, han sido emitidas mediante actos autorizados por normas que pertenecen a S_{t-1}; b) las normas de S_{t-1} que no pertenecen a S_t han sido derogadas por actos autorizados por normas de S_{t-1}".[4]

Esta definición exige la legalidad de los cambios que dan lugar a la transformación de un sistema anterior a otro posterior, pero implica además retrotraerse a sistemas jurídicos anteriores hasta arribar a un sistema cuyas normas no se derivan de otras pertenecientes a otro sistema, éste sería un "sistema originario cuya pertenencia al orden no puede establecerse mediante el mismo criterio".[5] Surge aquí el problema de determinar cuándo ha surgido ese sistema originario y cómo podemos identificarlo, respuesta que permitirá establecer a su vez la identidad del orden jurídico.

---

[4] Caracciolo ('88), *Ob. Cit.*, 68.
[5] *Ib.*.

Para Caracciolo, "la identidad del conjunto de conjuntos (orden jurídico) definido a partir de un sistema independiente S_t (sistema originario), depende de la identidad del procedimiento de generación (de normas), esto es de la legalidad del cambio de un sistema a otro en la serie temporal... Por lo tanto, la identidad del orden jurídico se mantiene cuando se respeta el procedimiento de generación constitucional".[6] En el mismo sentido opina Bulygin, pues en su criterio: "la identidad del orden reposa en la continuidad de los sistemas que a él pertenecen y esto quiere decir, en última instancia, la continuidad de la Constitución, lo que no implica su inmutabilidad, sino la legalidad del cambio. Todo cambio ilegal de la Constitución, es decir, toda revolución jurídica conduce a la ruptura del orden jurídico y la nueva constitución dará origen a un nuevo orden".[7]

José Moreso y Pablo Navarro, replantean la problemática, estableciendo la distinción entre normas independientes y dependientes en un orden jurídico determinado. "Las normas *independientes* en el orden jurídico Oj: son aquellas normas cuya pertenencia al sistema Sj_1 no depende de la pertenencia de otra norma a Sj_1 o a algún sistema anterior a Sj_1 en el orden jurídico Oj. Normas *dependientes* en el orden jurídico Oj: son aquellas normas cuya pertenencia al sistema Sj_1 depende de la pertenencia de alguna norma Sj_1, o a algún otro sistema anterior a Sj_1 en el orden jurídico Oj. *...omissis...* Identificar el sistema originario de un orden jurídico Oj implica identificar una norma independiente en Oj".[8] Por ello, los criterios de identidad de las normas independientes están fuera del mismo sistema, o como dice Caracciolo, son "extrasistemáticos, entendiendo por ello que no son definitorios de la estructura del sistema, puesto que constituyen el punto de partida de la relación o relaciones normativas que la determinan".[9]

Por tanto una cuestión a resolver es la siguiente; "si la norma N es independiente en Oj, entonces la acción normativa de N no estaba autorizada... Pero, ¿es verdad que para toda norma N, si la creación de N no está autorizada en S, entonces N no origina un nuevo sistema S_1? Este problema será denominado 'el problema de las normas inválidas'". Parece exagerado afirmar que toda norma inconstitucional pueda acarrear la ruptura del orden jurídico, pues la identidad del orden jurídico no se rompe cuando se dictan normas legales por un órgano incompetente, o cuando se ha irrespetado el procedimiento de formación de las leyes; distinto al supuesto de una modificación inconstitucional de

---

[6] *Ib.*, 70-71.
[7] Bulygin ('91), E.: *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 9. Alicante, España. 265.
[8] Moreso-Navarro ('93), *Ob. Cit.*, 81.
[9] Caracciolo ('88), *Ob. Cit.*, 31.

la misma Constitución, en aspectos relevantes como el régimen político, donde pudiera decirse que ha surgido un nuevo orden jurídico. "En este caso podemos interrogarnos: ¿cuál es la propiedad que convierte a una norma no-dependiente N respecto de un orden jurídico determinado en una norma independiente de otro orden jurídico? Este problema será denominado 'problema de la identificación de la constitución originaria'".[10]

En síntesis, según los autores citados, el problema de la identidad del orden jurídico requiere establecer la norma o conjunto de normas que fungirían de sistema originario, en tanto su validez no dependa de normas del mismo orden.

2. DETERMINACIÓN DEL SISTEMA ORIGINARIO

2.1 *LA NORMA FUNDAMENTAL KELSENIANA*

La concepción kelseniana parte de la idea de que la identidad del orden jurídico, resulta de la norma fundamental; la validez de las normas del sistema deviene de dicha norma básica. Así, remontándonos desde un acto de ejecución de una sanción (un acto de coacción, *v.gr*. la aplicación de una medida privativa de libertad), si inquirimos sobre su carácter lícito o no, encontramos su fundamento en una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional (norma individualizada), cuya validez se justifica en una norma de superior jerarquía: la ley penal. A su vez, esta ley obtiene su validez porque ha sido dictada por un órgano y de acuerdo a un procedimiento previsto en la norma de mayor jerarquía dentro del sistema, que es la Constitución. "Si inquirimos por qué la Constitución es válida, tal vez encontraremos su fundamento de validez en otra Constitución más antigua. Llegaremos finalmente a una Constitución que es históricamente la primera y que fue establecida por algún usurpador o por alguna especie de asamblea. La validez de esta primera Constitución es el supuesto último, el postulado final del que depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico. **Se prescribe que debe uno conducirse en la forma en que lo ordenaron el individuo o los individuos que establecieron la primera Constitución. Esta es la norma fundamental del orden jurídico en cuestión. El documento que encierra la primera Constitución es una Constitución verdadera, una norma obligatoria sólo a condición de que la norma básica se suponga válida**".[11] (Destacado nuestro).

---

[10] Moreso-Navarro ('93), *Ob. Cit.*, 83.
[11] Kelsen ('83/'49), H.: Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado* (tr. Eduardo García Maynez). Universidad Nacional Autónoma de México. México. 135- 136.

La norma fundamental no es una norma formulada por un legislador positivo, y no es válida ni inválida, sino que se la supone válida. "La función de la norma básica presupuesta es la de conceder esa competencia originaria, sin la cual no es posible admitir que la constitución es una norma. Por lo tanto, el contenido de una norma básica se refiere siempre a una constitución determinada *C* y tiene la forma 'La constitución *C* debe ser obedecida'. Esta norma básica suministra el criterio de identidad del sistema originado a partir de *C*. Pero la elección de una norma básica no es arbitraria. Ella constituye el fundamento de validez de la constitución *C* sólo en el caso que ésta sea 'en general eficaz' y así también el orden producido conforme a las reglas que la constitución establece".[12]

En este aspecto, la tesis kelseniana es objeto de una serie de objeciones. Así en primer término, Caracciolo observa la ambigüedad del concepto de norma fundamental: "¿Cuál es la naturaleza de la 'norma básica', es genuinamente una norma (aunque presupuesta), o es una proposición *acerca* de una norma, *vr.g.,* la constitución?, y ¿si es una norma, pertenece o no al sistema jurídico?". Si admitimos que la norma básica no pertenece al sistema kelseniano, por ejemplo, la norma básica es tomada como una prescripción, sería una norma superflua, porque sólo diría que debe hacerse lo que la Constitución señala que es debido hacer. No será "redundante si lo que ordena es que la constitución *debe ser aceptada*, porque entonces lo que impone es el acto de su aceptación como norma del sistema". Por el contrario, si se opta por considerarla una regla conceptual, "la norma básica kelseniana vendría a expresar: 'la constitución *C* es válida (pertenece a) en el sistema S si, y sólo si, es eficaz'... De este modo, la propiedad 'generalmente eficaz' es la que define el criterio genérico que cuenta para determinar las normas independientes de una clase de sistemas normativos", criterio que puede tornarse circular, pues la Constitución (norma independiente C) pertenecerá al sistema, si las demás normas del sistema han sido dictadas de acuerdo a las normas contenidas en la misma Constitución y autorizadas por ésta (es decir, si las normas constitucionales son eficaces).[13]

Por otra parte, la Norma Fundamental realmente no es útil para "individualizar" un orden jurídico, pues su contenido "está en función de cuáles son las últimas normas positivas del sistema. Si se decide que la norma suprema del orden jurídico argentino es la Constitución dictada en 1853, formularemos la norma

[12] Kelsen ('79), H.: Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*. 2ª Ed. México. *Cit.* por Caracciolo, *Ob. Cit.*, 37.
[13] Caracciolo ('88), *Ob. Cit.,* 41-43.

fundamental con un contenido que autorice dictar a esa Constitución. Esto quiere decir, que *antes* de formular la norma fundamental ya tenemos individualizado un sistema jurídico y ordenado jerárquicamente sus normas, por lo cual la norma básica no cumple ningún papel en la individualización de un determinado derecho y en la determinación de su estructura...".[14]

El criterio de la eficacia como elemento decisivo para la identificación de la norma fundamental kelseniana, ha sido criticado no sólo por la circularidad, sino también por su ambigüedad. Al respecto, Moreso y Navarro destacan que la eficacia puede entenderse por lo menos en dos sentidos: "Criterio 1: 'Una constitución C es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ella son aplicadas y acatadas en términos generales'", es decir, "que las normas inferiores sean obedecidas y aplicadas". "El Criterio 2: 'Una constitución C es eficaz cuando las autoridades competentes promulgan y aplican normas conforme a C'".[15] Por lo demás, al pertenecer la eficacia al ámbito fáctico, tal factor "no abre ninguna clase de juicio sobre el carácter sistemático del derecho".[16]

2.2 *CONCEPCIÓN DE HART: LA REGLA DE RECONOCIMIENTO*

La tesis de H. L. Hart también ubica en la base del sistema a una norma única: la regla de reconocimiento. No obstante, parece superar algunas de las deficiencias de Kelsen, al no presuponer como válida dicha regla, la misma no es válida ni inválida, dada su función de establecer la validez de las demás normas. Adicionalmente, no es una norma hipotética, se trata de una norma positiva, una práctica social, lo cual permitiría teóricamente diferenciarla de las demás normas positivas, tomando en consideración una serie de elementos: contenido, ámbito de aplicación, órganos de aplicación, etc. Sin embargo, tal como se indicó en el apartado anterior, incurre en el error de la circularidad, al tratar de establecer un criterio de identificación de dicha regla, sobre la base de la "práctica de uso, en especial, por parte de los órganos del sistema".[17]

Esa circularidad se manifestaría en dos sentidos:

> a) "En la identificación de los funcionarios: '...la determinación del contenido de la regla de reconocimiento como regla última del siste-

[14] Raz, Josep, *Cit.* por Nino ('88), C. S.: Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho.* Ed. Astrea. Buenos Aires. 123.
[15] Moreso-Navarro ('93), *Ob. Cit.,* 83-87.
[16] Caracciolo ('88), *Ob. Cit.,* 43.
[17] *Ib.*, 48.

> ma exige haber considerado previamente a ciertas reglas –reglas de adjudicación– como pertenecientes al sistema, lo que sólo podría afirmarse, a su vez, sobre la base de la regla de reconocimiento'".[18]
>
> b) "En la identificación de los criterios de validez: '...en la teoría de Hart, un sistema se construye sobre un cierto material normativo, a saber, verbigracia, las normas N_1, N_2...N_n, que son las efectivamente reconocidas por los jueces mediante el uso de los criterios, digamos C_1, C_2... C_n. Una condición de pertenencia impuesta, por definición, a la regla de reconocimiento consiste en que tiene que tener una cierta propiedad P: tiene que ser eficaz, tiene que ser utilizada por los jueces y ello significa que tiene que mencionar los criterios C_1, $C_{2,...}$ C_n. De manera que: i) para conocer cuáles son las normas dependientes de S, hay que conocer cuáles son las que satisfacen a los criterios C_1, C_2... C_n establecidos en la regla de reconocimiento, esto es, en la norma independiente de S; ii) para conocer cuál es la regla de reconocimiento de S, hay que saber cuáles son los criterios que son satisfechos por las normas dependientes de S, es decir, por las normas N_1, N_2...N_n..."".[19]

Por otra parte, en la tesis hartiana no hay una explicación suficiente sobre el carácter único de la regla de reconocimiento. "Hart admite que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico puede determinar distintas fuentes independientes de normas válidas primitivas: puede, por ejemplo, prescribir la aplicabilidad tanto de las normas dictadas por el Parlamento como de las normas originadas en precedentes judiciales. Si esto es así, parece no haber razón para sostener que, en un caso semejante, estamos frente a *una* regla de reconocimiento que determina dos fuentes de normas válidas, y no frente a *dos* reglas de reconocimiento diferentes, cada una de las cuales prescribe la aplicabilidad de las normas creadas a través de cada uno de los procedimientos mencionados".[20] Si la regla de reconocimiento no es única ¿cómo podríamos distinguir un sistema de otro?

En síntesis, como señala Caracciolo, la regla de reconocimiento implica el uso compartido de criterios de identificación, mas no establece cuáles son esos criterios.

---

[18] Este es el criterio de Ruiz Manero, *Cit.* por Moreso-Navarro ('93), *Ob. Cit.*, 89.
[19] Esta objeción corresponde a Caracciolo ('91), R.: Ricardo Caracciolo, *Sistema Jurídico y Regla de Reconocimiento*. *Doxa Nº 9*. Alicante. España. 309.
[20] Esta crítica es formulada por Raz, citado por Nino, *Ob. Cit.*, 124.

2.3 *CONCEPCIÓN DE JOSEPH RAZ*

Este autor que ha hecho críticas agudas a las tesis de Kelsen y Hart, propone como elemento de identificación de un orden jurídico, el reconocimiento de los denominados órganos primarios, es decir, los que aplican las normas a los casos particulares. "Es el reconocimiento por parte de esos órganos (los jueces, en sentido amplio) lo que parece ser el criterio decisivo para otorgar una cierta unidad a un grupo de normas y para predicar de una cierta norma que pertenece a ese conjunto unitario".[21] No debemos olvidar que Raz es uno de los autores que ha puesto de relieve como carácter distintivo del derecho, su naturaleza institucionalizada, en particular, por la existencia de instituciones de carácter judicial que identifican y aplican normas generales a casos concretos.[22]

Según esta tesis, "los órganos primarios de aplicación son instituciones con facultades para determinar de manera obligatoria y definitiva, mediante la aplicación de normas existentes la situación normativa de específicos individuos", así "una norma es reconocida si hubiere sido aplicada por el órgano si el caso apropiado se hubiera presentado a su conocimiento. Una norma es aplicada cuando la afirmación de su existencia es una de las razones de la decisión".[23]

También la tesis del reconocimiento por parte de los órganos primarios, enfrenta una serie de objeciones:

En primer término, no se fundamenta por qué sólo vale el reconocimiento que hacen los órganos aplicadores de normas, y no el que realizan los órganos legislativos, pues éstos cuando crean normas también aplican otras de superior jerarquía.

En segundo lugar, no se explica la pertenencia al sistema de las normas que otorgan competencia a los jueces para solucionar conflictos.

Por último, pareciera que también incurre en circularidad, al no establecer la forma de identificar a los órganos primarios. Si éstos se caracterizan "sobre la base de la competencia que le otorgan las mismas normas del sistema que esos órganos reconocen, corren el riego de caer en un círculo vicioso".[24] Tal defecto

---

[21] Nino ('88), *Ob. Cit.*, 127.
[22] *Ib.* Aspecto destacado en Raz ('91), J.: Joseph Raz, *Razón práctica y normas* (Trad. Juan Ruiz Manero). Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 151 y ss.
[23] Raz, Joseph ('74): *The institutional nature of law*, en: *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 19, *Cit.* por Caracciolo ('88), *Ob. Cit.*, 53.
[24] Nino ('88), *Ob. Cit.*, 128.

no se supera, indicando en su lugar que los órganos primarios son los que tienen facultad "para adoptar decisiones con fuerza obligatoria", ya que esa competencia deriva de normas del sistema que ellos mismos deben reconocer.

Nino sostiene que, una forma de evitar "ese círculo vicioso", es "caracterizar a los órganos primarios, no como aquellos que están autorizados a declarar prohibidos o permitidos los actos de coacción, sino los que *de hecho pueden* (en el sentido fáctico y no normativo de la palabra "poder") determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares".[25] Si bien aparentemente el problema de la circularidad se acabaría al caracterizar a los jueces desde el punto de vista fáctico, pues "podríamos determinar quién es juez de forma independiente y previa a la determinación de cuáles son las reglas del sistema jurídico"[26] válidas que les otorgan tales poderes, dicha tesis incurriría en las mismas deficiencias de los que pretenden caracterizar al legislador en términos fácticos, como es el caso de Bentham y Austin, y el mismo Kelsen. Una de las cuestiones que quedaría sin respuesta es la "continuidad de la autoridad jurisdiccional a lo largo de una sucesión cambiante de jueces", así como el problema de la "persistencia de las decisiones judiciales por encima de la sucesión de unos jueces por otros".[27]

2.4 *OTROS CRITERIOS*

Los criterios de identificación del sistema originario que da nacimiento a un orden jurídico propuesto básicamente por Kelsen y Hart, son criterios que podemos cualificar de "formales", en el sentido de que "lo relevante es la satisfacción del procedimiento de creación y derogación de normas jurídicas y no el contenido de las normas creadas o derogadas"; o bien lo "determinante es el origen de las normas jurídicas", y "pretenden establecer el comienzo y final de un orden jurídico atendiendo únicamente a consideraciones jurídicas".[28]

En conjunto dichos criterios formales resultan insuficientes, pues como señala Caracciolo, pueden darse situaciones en las cuales la reforma constitucional se realiza de acuerdo al procedimiento señalado en la misma

---

[25] *Ib.*
[26] Ruiz Manero ('90), J.: Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho.* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 130.
[27] *Ib.*, 131.
[28] Vilajosana ('98), J.: Joseph Vilajosana, *¿Cuándo cambian los órdenes jurídicos?* En: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho.* Num. 1. Universitat Pompeu Fabra. España, http://dkw.ci.uv.es/~afd/CEFD/1/Vilajosana.html.2

Constitución, pero implica un cambio fundamental, como por ejemplo, "el reemplazo del régimen de propiedad privada de los medios de producción por el régimen de propiedad colectiva, ¿puede decirse que el orden jurídico permanece idéntico?[29] "O si de un régimen parlamentario bicameral se pasa a un régimen unicameral, con lo cual se modifica el procedimiento de formación de las leyes ¿se trataría del mismo orden jurídico? Y todavía quedaría sin responderse la interrogante, acerca de cuál debería ser la entidad de la acción inconstitucional, para que pueda hablarse de la ruptura del orden vigente o del llamado "hilo constitucional". Esta crítica es compartida por Vilajosana, quien señala que tal posición conduce a resultados contraintuitivos. Por un lado, podría modificarse por completo el contenido de un sistema jurídico perteneciente a un orden jurídico. Si esa modificación se ha llevado a cabo siguiendo el procedimiento establecido no podría hablarse de cambio de orden jurídico. Por otro lado, un cambio ilegal en cualquier materia sin importancia, bastaría para dar lugar a un cambio de orden jurídico".[30]

Por otra parte, el hecho de hacer recaer el cambio de un orden jurídico cuando hay una ruptura en la cadena de validez, no explicaría las transformaciones que se producen en los órdenes jurídicos sin que se opere tal ruptura, como ocurrió en "Alemania: el paso de la república de Weimar al régimen nazi, o en España, el paso del régimen franquista a la monarquía parlamentaria actual";[31] y sin ir muy lejos, el caso venezolano, en el que aparentemente no hubo ruptura del hilo constitucional, no obstante haberse producido importantes modificaciones en la forma de gobierno, el régimen parlamentario, los órganos del Poder Público, entre otros aspectos.

Con respecto a la tesis de Hart, pueden formularse críticas similares, en el sentido de que al fundar la identidad del orden jurídico en la regla de reconocimiento, no se da una explicación satisfactoria acerca de "¿qué cambios obligan a admitir que una nueva regla de reconocimiento (y con ella un nuevo orden jurídico) ha reemplazado a la anterior? Siempre existirán dudas acerca de cómo distinguir las conductas que suponen violación de la regla de aquellas otras que representan los primeros pasos de una nueva regla".[32] Por otra parte, al ser

[29] Aquí habría que complementar ese criterio formal con un "criterio de relevancia", indicando un "núcleo básico de normas constitucionales", cuya modificación sea legal o ilegal implica un cambio de orden jurídico "la objeción obvia a esta alternativa es la dificultad de justificar intersubjetivamente tal criterio de relevancia". Moreso-Navarro ('93), *Ob. Cit.*, 102.
[30] Vilajosana ('98), *Ob. Cit.*, 5.
[31] *Ib.*, 6.
[32] *Ib.*, 9.

la regla de reconocimiento una práctica social, en particular de los jueces, pareciera que cualquier cambio interpretativo pudiera dar lugar a un cambio de orden jurídico.

Ante tales deficiencias, los autores plantean utilizar además de estos *criterios formales*, *criterios materiales*, o de contenido. "Este es un problema con respecto al cual una teoría meramente normativa de la identidad del orden jurídico no tiene *ab initio* respuesta adecuada. Es cierto que *por definición* se puede adoptar el criterio formal. Pero este recurso elude el problema y no es modo alguno una explicación".[33]

En este sentido, algunos autores, proponen la construcción de un criterio material de identidad de los órdenes jurídicos, estableciendo una vinculación entre Derecho y Política: "un orden jurídico se mantiene si y sólo si se mantiene el régimen político. O dicho de otro modo, un cambio de sistema jurídico equivale a un cambio de orden jurídico cuando supone un cambio de régimen político".[34] Entonces, aquí el problema se traslada a determinar cuándo puede decirse que se ha producido una transformación en el régimen político. A tales efectos se requiere –según Vilajosana– partir de la base de una tipología o clasificación de regímenes políticos. Así un "régimen político mantiene su identidad hasta que las modificaciones en sus elementos obliguen a inscribirlo en otro tipo dentro de la clasificación dada", por ejemplo, si se ha pasado de un régimen democrático a uno autoritario. Este criterio material, "presta atención prioritaria a la importancia del contenido de las normas que se modifican. Las normas jurídicas relevantes serán aquellas que caracterizan a un régimen político como tal. Para establecer si ha habido o no un cambio en la identidad de un régimen político, de poco sirve cerciorarse de que las variaciones dentro de una determinada sociedad política independiente se han producido siguiendo el procedimiento establecido o apartándose del mismo. La ilegalidad puede servir tan sólo de índice de una posible pérdida de identidad de un régimen político (y por tanto, de un orden jurídico), pero no es necesaria ni suficiente".[35]

La aplicación de este criterio material, en forma exclusiva, generaría el inconveniente de no poder establecer de una forma objetiva e inequívoca cuando estamos ante un mismo orden jurídico, pues hace depender la identidad de éste en el tipo de régimen político: "lo decisivo es determinar si las modificaciones

[33] Caracciolo ('88), *Ob. Cit.*, 71-72.
[34] Vilajosana ('98), *Ob. Cit.*, 11.
[35] *Ib.*, 12.

suponen un cambio de régimen. Para ello, hay que partir de una tipología precisa de regímenes, en la que se establezcan las propiedades características de cada régimen. A partir de ahí, hay que constatar si el cambio en cuestión ha supuesto una variación en alguna de estas características hasta el punto de que se ha pasado de una propiedad definitoria de un régimen a otra definitoria de otro régimen".[36] Es decir, que en definitiva la identidad del orden jurídico descansaría en una clasificación de los regímenes políticos, para lo cual el autor sugiere el empleo de las tipologías elaboradas por Dahl y Linz. Sin embargo, las formas de ejercicio del poder, pueden ser agrupadas desde distintos puntos de vista, en las cuales se destacan ciertos aspectos relevantes de acuerdo al criterio de quien hace la clasificación. Además, como admite el mismo Vilajosana, al estar formuladas "en lenguaje natural, por muy tecnificado que éste sea, tendrá límites imprecisos debido a la vaguedad y textura abierta de este tipo de lenguaje".[37]

Otra propuesta para solventar el problema de la identificación del orden jurídico, que en definitiva se remite a identificar al sistema integrado por normas independientes, sería sencillamente proceder a su "enumeración": se señala directamente qué normas son las normas supremas del sistema en cuestión... Son estas normas supremas las que permiten hablar de la validez de otras normas del sistema, pero ellas mismas no son válidas ni inválidas dentro del sistema...".[38] Esta afirmación es cónsona con el concepto de sistema jurídico esbozado por Alchourrón y Bulygin, que no prejuzga sobre los enunciados que conforman la base del sistema: "cualquier conjunto de normas (que contenga por lo menos una norma de competencia) puede ocupar la posición de una primera constitución y dar lugar a un orden jurídico".[39] Así Bulygin propone como "criterio de identificación de un orden jurídico determinado Oi:

> 1. El conjunto de normas (N_1, N_2...N_3) es el sistema originario (primera constitución) de O_i.
>
> 2. Si una norma N_j es válida en un sistema S_t, que pertenece a O_i y N_j faculta a la autoridad x a promulgar la norma N_k y x promulga en el momento t la norma N_k, entonces N_k es válida en el sistema S_{t+1} (correspondiente al momento siguiente a t) que pertenece a O_i.

[36] *Ib.*, 13.
[37] *Ib.*
[38] Alchourron-Bulygin('79), *Ob. Cit.*, 75.
[39] Bulygin ('91 a), Algunas consideraciones... *Ob. Cit.*, 264.

> 3. Si una norma N_j es válida en un sistema S_t, que pertenece a O_i, y N_j faculta a la autoridad x a derogar la norma N_k, que es válida en S_t y x deroga N_k en el momento t, entonces N_k no es válida en el sistema S_{t+1} (correspondiente al momento siguiente a t) que pertenece a O_i.
>
> 4. Las normas válidas en un sistema S_t que pertenece a O_i que no han sido derogadas en el momento t, son válidas en el sistema S_{t+1} de O_i (que corresponde al momento siguiente a t).
>
> 5. Todas las consecuencias lógicas de las normas válidas en un sistema S_t que pertenece a O_i también son válidas en S_{t+1}.[40]

Sin embargo, dicho modelo puede ser plausible a nivel teórico, y como lo reconoce su autor, "es un esquema definicional (un criterio de identificación genérico)", que pareciera no resolver los problemas que pueden presentarse en la práctica y exige conocer de alguna manera cuáles son esas normas supremas del sistema, para proceder a enumerarlas. Así por ejemplo, en el caso de la identificación del orden jurídico venezolano, ¿cuáles normas vamos a tomar como supremas: las contenidas en la Constitución del 61 o en la del 99?, toda vez que la Constitución fue modificada sin que mediara un hecho de fuerza, por el contrario, la posibilidad de realizar un referéndum consultivo a los efectos de realizar la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, trató de fundamentarse –en un principio– en el mismo texto constitucional del 61.

Sobre el particular Caracciolo observa que "esa definición extensional de las normas independientes conlleva a su selección de una manera arbitraria, lo cual no reproduce lo que la mayoría de los teóricos piensan cuando conciben el Derecho como un sistema. La discusión sobre la identidad tiene que ver, justamente, sobre la cuestión de saber cuál es la propiedad que determina que ciertas normas tengan que aceptarse como normas independientes".[41]

Las fallas de los criterios de identidad hasta ahora expuestos, quedan evidenciadas cuando se pretende analizar los cambios sufridos en un orden jurídico concreto, que es lo que expondremos a continuación.

3. EL ORDEN JURÍDICO VENEZOLANO

Para delimitar el orden jurídico venezolano vigente, de acoger los criterios formales, sería necesario dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿Cuáles

---

[40] *Ib.*
[41] Caracciolo ('88), *Ob. Cit.*, 32.

serían las normas independientes o el sistema originario en el orden jurídico venezolano vigente? ¿Las normas contenidas en la Constitución del 61 o las contenidas en la Constitución del 99? ¿Surgió un nuevo orden jurídico con la Constitución del 99? Si es así, ¿ese orden se mantiene idéntico?

3.1 *EL PASO DE LA CONSTITUCIÓN DEL 61 A LA CONSTITUCIÓN DEL 99*

3.1.1 *Primer período: la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente*

Una de las promesas electorales de quien para el año 98 era el candidato presidencial con mayor opción de resultar ganador, el Teniente Coronel Hugo Chávez Frías, era la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, por lo que con su triunfo electoral en los comicios celebrados en diciembre del mismo año, pasó a concretarse dicha propuesta expresando su intención, ya como Presidente electo, de convocar a una Asamblea Constituyente utilizando el mecanismo del referéndum popular; igualmente, en el seno del Congreso también recién electo, se planteaba esa posibilidad.

Ante tales hechos, una asociación civil (Fundahumanos) y un grupo de abogados (Miguel Mónaco y otros) interpusieron sendos recursos de interpretación "con relación al artículo 4 de la Constitución Nacional (sic) y de conformidad con el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política", por ante la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, con el objeto de que el Máximo Tribunal de la República se pronunciara sobre la posibilidad de celebrar un referéndum consultivo a los fines de convocar a una Asamblea Constituyente.

En tal sentido, se manejaban básicamente dos opciones en cuanto a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente: "una primera, propuesta por el Presidente electo, quien considera que basta la convocatoria del referéndum previsto en el artículo 181 de la LOSPP, para convocar la Asamblea Constituyente, en base al principio de soberanía contenido en el artículo 4 de la Constitución de la República que reconoce al pueblo como constituyente primario, y; una segunda que considera que el soberano también tiene a su vez una normativa prevista en la Constitución Nacional, que debe respetar para producir un referendo, en razón de que el artículo 4 de la Constitución de la República refiere su soberanía a los poderes constituidos, y que por lo tanto hace falta una reforma puntual de la Constitución de la República que cree la figura de el Asamblea Constituyente para llevar a cabo dicha convocatoria".[42]

[42] Argumentos de los recurrentes resumidos en la Sent. SPA correspondiente al expediente 15.395, del 19-01-99. Consultada en: www.tsj.gov.ve

En sentencias del 19 de enero del mismo año, los Magistrados Humberto J. La Roche y Héctor Paradisi León, admitieron la posibilidad de utilizar el mecanismo del referéndum consultivo previsto en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, para "consultar el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional... incluyendo la relativa a la convocatoria de una Asamblea Constituyente".[43]

En la sentencia del Magistrado La Roche, pese a su ambigüedad, se evidencia el esfuerzo interpretativo de la Constitución del 61, a los efectos de dejar establecido, que si bien se trataba de un procedimiento que implicaba la reforma del texto fundamental, a través de un medio no expresamente previsto, la convocatoria a una Asamblea Constituyente, no necesariamente traería como consecuencia la ruptura del hilo constitucional. Sobre este particular la Corte afirmó:

> La pregunta que se formula es si procede convocar a una revisión de la Constitución o si procede la convocatoria a un Poder Constituyente, a un poder soberano. Ambas hipótesis se han vivido por diversos Estados, incluyendo a Venezuela, aun cuando no siempre la situación se ha encerrado en los esquemas que doctrinariamente se conocen o los que se han concretado en la realidad de otros países. El artículo 4 de la Constitución de la República de Venezuela, según los criterios interpretativos tradicionalmente expuestos, consagra exclusivamente el principio de la representación popular por estimar que la soberanía reside en el pueblo, pero que éste no puede ejercerla directamente sino que lo hace a través de los órganos del poder público a quienes elige, es decir, que el medio para depositar ese poder soberano es el sufragio. Un sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía, ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. **Indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce. De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación. La Constitución ha previsto a través del sufragio la designación popular de los órganos de representación; pero no ha enumerado**

[43] Sent. SPA correspondiente al expediente 15.395, del 19-01-99.

> **los casos en los cuales esta potestad puede directamente manifestarse.** Ahora bien, no puede negarse la posibilidad de tal manifestación si se estima que ella, por reconocimiento constitucional, radica en el ciudadano y sólo cuando la misma se destina a la realización de funciones del Estado, específicamente consagrados en el texto fundamental (funciones públicas), se ejerce a través de los delegatarios. De allí que, la posibilidad de delegar la soberanía mediante el sufragio en los representantes populares, no constituye un impedimento para su ejercicio directo en las materias en las cuales no existe previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes. **Conserva así el pueblo su potestad originaria para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo**.[44] (Destacado nuestro).

La ambigüedad de dicha decisión se evidencia cuando se contrasta el texto anterior y el siguiente párrafo: "Aun cuando el resultado de la decisión popular adquiere vigencia inmediata, su eficacia sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada. Todo ello siguiendo procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, a través de los órganos del Poder Público competentes en cada caso. Dichos órganos estarán en la obligación de proceder en ese sentido".[45] Si se trataba de un referéndum consultivo, como fue calificado por la propia sentencia, éste se caracteriza por "no tener carácter vinculatorio para las autoridades legislativas ordinarias",[46] por tanto, ¿cómo iba a adquirir vigencia inmediata? esto es, fuerza obligatoria, que genera el deber de los órganos competentes para "proceder" a dicha reforma constitucional.

Dada la imprecisión del texto transcrito, algunos sostuvieron, que si bien la Corte había admitido la posibilidad de realizar el referéndum consultivo, debía procederse a la reforma constitucional para incluir la figura de la Asamblea Constituyente, y que el órgano competente para dicha modificación, no podía ser otro que el Congreso.[47] Esta indeterminación sobre la necesidad de

---

[44] *Ib.*
[45] *Ib.*
[46] García Pelayo, M.: Manuel García Pelayo: *Derecho Constitucional*. Alianza. Madrid y Biscaretti Di Ruffia: *Derecho Constitucional*. Tecnos. Madrid. Ambos autores citados por Aveledo ('99), R. G.: Ramón Guillermo Aveledo, *Sobre los riesgos de reformar la Constitución por medio no establecido en ella. (Visión del proceso constituyente venezolano de 1999)*. En: *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano. Ponencias IV Congreso de Derecho Constitucional en Homenaje al Doctor Humberto J. La Roche*. UCAB. Caracas, 2000. pp. 52-53.
[47] Aveledo ('99), *Ob. Cit.,* 44.

reformar la Constitución para incluir la figura de la Asamblea Constituyente se mantiene en la ponencia del Magistrado Paradisi León:

> Ciertamente que el asunto que se debate en el presente caso, tiene una especial trascendencia nacional, en la medida en que los resultados de una consulta popular, como la que se pretende, sería factor decisivo para que los órganos competentes del Poder Publico Nacional diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos, o para que, previamente, tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea de esta naturaleza.[48]

Del texto de la sentencia se desprenderían dos opciones: a) Que efectuado el referéndum consultivo con resultados positivos, los órganos competentes del Poder Público Nacional (sin determinar cuáles) están facultados para diseñar los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea Nacional Constituyente; y b) Que es necesaria la reforma o enmienda de la Constitución para incluir la figura de la Asamblea Nacional Constituyente, sin embargo, no se precisó si esta reforma debía ser previa a la misma convocatoria del referéndum, o si dicha modificación constitucional era procedente con posterioridad a un resultado afirmativo del referéndum.[49]

También se ha advertido como importante "inconsistencia" de ambas decisiones, el que por un lado se afirme sobre el Poder Constituyente tiene un "carácter originario, absoluto e ilimitado y no vinculado por las normas jurídicas dictadas por el Poder Constituido, lo que permite la realización de un referendo; y por el otro, el limitar tal referéndum a los supuestos previstos en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, así como señalar que las "excepciones establecidas en el artículo 185 *ejusdem*, tienen carácter taxativo y absoluto... admitir tal aserto, significaría aceptar que el pueblo en el ejercicio del Poder Constituyente es absoluto e ilimitado para algunas cuestiones (convocar y elegir una Asamblea Nacional Constituyente) pero que en cambio se

[48] Sent. Sala Político Administrativa del 19-01-99. Exp. 15.169.

[49] Dado que en el caso venezolano no se utilizó la alternativa de reformar la Constitución, para incorporar la figura de la Asamblea Constituyente como mecanismo de modificación del texto constitucional, no consideramos pertinente plantear el problema de la posibilidad de reformar las disposiciones de reforma constitucional, el cual ha tenido respuestas negativas en la doctrina. *Vid* al respecto: Ross ('53), Alf: Sobre el Derecho y la Justicia. (tr. ing. Genaro Carrió). Eudeba. Buenos Aires. 1963. *Cit.* por Moreso ('91) J.J.: José Juan Moreso: *Disposiciones de reforma constitucional.* Doxa-10. Alicante, España. 201-222.

encuentra sometido a los límites fijados por los órganos del Poder Constituido para otras cuestiones (revocar el mandato otorgado a algunos de los representantes que ejercen los órganos de elección popular, –por ejemplo–), lo que consideramos que constituye un sofisma".[50]

Por otra parte, la llamada decisión La Roche, argumentó adicionalmente que "el referéndum previsto en la Ley Orgánica de Participación Política", "es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución".[51]

En todo caso, con las sentencias de la Corte, cesó en la práctica el debate sobre la necesidad o no de una reforma constitucional para convocar a una Asamblea Constituyente, y se optó parcialmente por la alternativa: a) quedando en manos de los órganos del Poder Público, en particular el Ejecutivo Nacional, el Consejo Nacional Electoral, así como de la misma Corte Suprema de Justicia, el diseñar los "mecanismos para la convocatoria y operatividad" de dicha Asamblea. Decimos que se siguió en parte esta vía señalada por el máximo tribunal, pues del texto de la decisión parecía que cronológicamente debía realizarse primero el referéndum consultivo y que si el resultado era aprobatorio, procedía la convocatoria de la Asamblea, lo cual implicaba una serie de normas para la elección de los integrantes de la misma. En la práctica, se hicieron simultáneamente ambas consultas.

Así, el segundo paso para abrir la vía de la Constituyente, fue el Decreto Nº 3, dictado por el Presidente de la República, con fecha 2 de febrero de 1999, "mediante el cual tomó la iniciativa de decretar la realización de un referendo para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente", sin regular el régimen de la Asamblea. Por el contrario, en este aspecto se pretendía que el pueblo delegara en el propio Presidente de la República, para que éste regulara las "bases del proceso comicial para la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente".[52] Además se

[50] Hernández Mendible ('00) V.: Víctor Hernández Mendible: *La Contribución del Poder Judicial a la desaparición de la Constitución, la Democracia y el Estado de Derecho*. En: *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano. Ponencias IV Congreso de Derecho Constitucional en homenaje al Dr. Humberto J. La Roche.* UCAB. Caracas, 2000. 86.

[51] En nuestro criterio, el derecho humano sería más bien el "derecho a la participación", pues el referéndum es uno de los mecanismos para su ejercicio.

[52] Brewer-Carías ('00 a), A. R., Allan Randolph Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*. Ed. Arte. Caracas. 25.

concibió a este órgano con "poderes imprecisos e ilimitados" al asignarle la función de "transformar el Estado y crear un nuevo orden jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa" (artículo 3 del Decreto). Aquí compartimos la opinión de Brewer-Carías, en el sentido de que no se acató el criterio sustentado en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, sobre la exigencia de normar la forma de elección de los Constituyentes, así como en la definición misma del carácter de la Asamblea: "de acuerdo a las sentencias, se trataba de un nuevo medio de reforma constitucional distinto a los previstos en la Constitución de 1961 (artículos 245 y 246), que podía derivarse de una consulta al pueblo, es decir, de una manifestación de la soberanía popular. Conforme a ello, la Asamblea Constituyente tenía que actuar con sujeción a la Constitución de 1961, hasta que ese texto fuese sustituido por uno nuevo, producto, precisamente de la actividad de la Asamblea".[53]

El 17 de febrero de 1999, el Consejo Nacional Electoral dictó la Resolución Nº 990217-32, en consonancia con el Decreto Presidencial. Ambos actos fueron impugnados por el mismo Brewer-Carías, Gerardo Blyde y otros abogados. El recurso contencioso-electoral interpuesto por Blyde se fundamentaba en alegatos de inconstitucionalidad e ilegalidad de la mencionada Resolución, "aduciéndose concretamente, por una parte, su contrariedad al Texto Fundamental en el sentido de la trasgresión de los derechos al referéndum (sic) y a la participación política derivada de la ausencia de bases comiciales en el contenido de dicha Resolución, afirmándose que ello induciría a error a los electores. De otra parte, estima el recurrente que el acto del Consejo Nacional Electoral es ilegal por cuanto infringe los artículos 182, 184 y 266 de la LOSPP...".[54]

La Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, esta vez con ponencia del Magistrado Hermes Harting, el 18 de marzo de 1999, se pronunció sobre el recurso contencioso-electoral interpuesto anulando la segunda pregunta[55] contenida en la citada Resolución, aduciendo entre otros argumentos que dicha delegación al Presidente de la República para fijar las bases del proceso comicial para la elección de los integrantes de la Constituyente, "vulnera el derecho a la participación política implícito en el artículo 50 de la Constitución de la República, como derecho inherente a la persona humana", dejando claramente

[53] *Ib.*
[54] Sentencia SPA 18-03-99.
[55] El texto de la pregunta Nº 2 era del siguiente tenor: "¿Autoriza usted al Presidente de la República para que mediante un Acto de Gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?

establecido la sujeción de la Asamblea a la Constitución del 61: "En consecuencia, es la Constitución vigente la que permite la preservación del Estado de Derecho y la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, en caso de que la voluntad popular sea expresada en tal sentido en la respectiva consulta".

En sentencias posteriores la misma Sala ratificó su criterio de que la Asamblea Constituyente estaba vinculada a la Constitución del 61, es el caso de la decisión aclaratoria Nº 272 del 23 de marzo del mismo año, así como el fallo 311 del 13 de abril, en el que anula la base comicial octava que pretendía calificar a dicho órgano como "poder originario", reformulándola directamente. De esta manera se fijaron "como límites de la Asamblea Nacional Constituyente:

> a) los valores y principios de nuestra historia republicana;
>
> b) el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República;
>
> c) el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre; y
>
> d) las garantías democráticas".[56]

Esta primera etapa que se refiere a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, concluyó con el referendo consultivo realizado el 25 de abril de 1999, mediante el cual el pueblo expresó mayoritariamente su voluntad afirmativa a dicha convocatoria y a las Bases Comiciales para la elección de los integrantes. Quedando así establecidos el objeto, límites, duración del mandato y forma de elección de dicha Asamblea Constituyente. A esas Bases Comiciales, por corresponder a "una decisión propia del cuerpo electoral", se les reconoció "rango de ley constitucional".[57]

Pese a que para este momento todavía no disponíamos de una nueva Constitución, los cambios introducidos al orden jurídico vigente hasta entonces, permiten hablar de un nuevo orden jurídico, no obstante la postura del Máximo Tribunal de la República, ratificada en distintas sentencias, acerca de la continuidad del hilo constitucional. Así, si tomamos en consideración el criterio formal, así como la tipología de nuestra Constitución (rígida), el hecho de modificar la Carta Magna por un medio no previsto expresamente en ella, habilita-

---

[56] Hernández Mendible ('00), *Ob. Cit.*, 90-91.

[57] Tal como quedó asentado en la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, número 746 del 17 de julio de 1999, comentada por Hernández Mendible ('99), *Ob. Cit.*, 91-92.

ría suponer la pérdida de identidad del orden anterior y el surgimiento de uno nuevo. Incluso el texto constitucional pierde su condición de única norma suprema, pues dicho rango lo comparte con las Bases Comiciales.

Por otra parte, si recurrimos al criterio material sugerido por Vilajosana, pareciera haberse verificado también un cambio en el régimen político de un régimen democrático netamente representativo (donde la soberanía reside en el pueblo, "pero que éste no puede ejercerla directamente sino que lo hace a través de los órganos del poder público a quienes elige");[58] a un sistema participativo (donde "el pueblo siempre retiene la soberanía, ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado").[59] La conjunción del criterio formal y el material nos conduce a la misma conclusión, con el aliciente de que el surgimiento del nuevo orden jurídico estuvo respaldado por la mayoría de la sociedad venezolana.

3.1.2 *Segundo período: conformación de la Asamblea Nacional Constituyente y aprobación de la nueva Constitución*

Una vez electos los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente el 25 de julio de 1999, se procedió a su instalación el 3 de agosto del mismo año, siendo el primer acto del nuevo órgano el "Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente",[60] mediante el cual se erige como poder originario depositario de la soberanía popular, quedando subordinados a su autoridad "todos los organismos (sic) del Poder Público", de esta manera "desconoció y derogó *de facto,* la Constitución del 23 de enero de 1961 y la ley constitucional

[58] Sentencia Nº 17 de SPA-CSJ, del 19-01-01.
[59] *Ib.*
[60] Publicado en la *Gaceta Oficial* 36.786 del 14 de septiembre de 1999. El artículo 1 referido a su "Naturaleza y Misión" establece:
"La Asamblea Nacional Constituyente es la depositaria de la voluntad popular y expresión de su soberanía con las atribuciones del poder originario para reorganizar el Estado venezolano y crear un nuevo ordenamiento jurídico democrático. La Asamblea, en uso de las atribuciones que le son inherentes, podrá limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Publico.
Su objetivo será transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que garantice la existencia efectiva de la democracia social y participativa.
Parágrafo Primero: Todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente, y están en la obligación de cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos estatales que emita dicha Asamblea.
Parágrafo Segundo: La Constitución de 1961 y el resto del ordenamiento jurídico imperante, mantendrán su vigencia en todo aquello que no colida o sea contradictorio con los actos jurídicos y demás decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente".

del 25 de abril de 1999",[61] desobedeciendo además lo establecido en las distintas sentencias de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la sujeción de la Asamblea al orden constitucional. Incluso el parágrafo segundo coincide en su redacción con los decretos que en anteriores oportunidades inauguraban gobiernos de facto en nuestro país, como lo observa Hernández.[62]

Además la Asamblea Constituyente no se limitó a elaborar una nueva Constitución, sino que dictó una serie de decretos con la finalidad de actuar sobre los poderes constituidos, pues tal como lo disponía el artículo 1° del Estatuto de Funcionamiento se había dado para sí la atribución de "*limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público, en uso de las atribuciones que le son inherentes".* En criterio de algunos, tales actos implicaban la usurpación de funciones de los otros órganos del Poder Público,[63] como es el caso del Decreto de Reorganización de todos los órganos del Poder Público (13-08-99), en el cual se establece que la Asamblea Nacional Constituyente tiene competencia para "decretar las medidas necesarias para enfrentar situaciones específicas de la reorganización y dispondrá la intervención, modificación y suspensión de los órganos del Poder Público que así considere con el fin de recuperar el estado de derecho, la estabilidad y el orden necesarios para construir la República en el marco de los valores democráticos". Ello sentó las bases para intervenir en la actuación de dos poderes: el Poder Judicial y el Poder Legislativo.

De esta manera, mediante el Decreto de Reorganización del Poder Judicial (25-08-99) se procedió a la creación de una Comisión de Emergencia Judicial, de la cual formaría parte un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Cabe destacar que con ocasión de dicho Decreto la Corte emitió un Acuerdo de fecha 23 de agosto de 1999, en el que reconoce que "El Decreto de Reorganización del Poder Judicial, con las particularidades que en definitiva el mismo establezca, y asimismo, **independientemente de los vicios que pueden afectarlo**, contempla un compromiso de la Asamblea Nacional Constituyente de proceder de inmediato a través de una Comisión de Emergencia Judicial a la revisión de los expedientes de los jueces y su evaluación..."; igualmente el Máximo Tribunal de la República ofreció su "contribución para el objetivo fundamental perseguido por el Decreto", autorizando al Magistrado Alirio Abreu Burelli para que integrara la Comisión de Emergencia Judicial.[64] Algunos Magistrados salvaron su voto contra dicho Acuer-

[61] Hernández Mendible ('00), *Ob. Cit.*, 98.
[62] *Ib.*, 94.
[63] Por ejemplo es la opinión de Brewer-Carías ('00) y Hernández Mendible.
[64] Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia, del 23-8-99.

do, entre ellos, la Presidenta de la Corte para ese entonces, Doctora Cecilia Sosa, quien además renunció a su cargo de Presidenta del Máximo Tribunal, así como a su cargo de Magistrado, indicando que "al acatar el Decreto de la Asamblea, la Corte Suprema de Justicia se autodisuelve".[65]

El otro poder intervenido fue el Poder Legislativo, mediante el Decreto de Regulación de las funciones del Poder Legislativo (25-08-99). En dicho instrumento normativo se limitan las competencias que correspondían al Congreso de la República, así por ejemplo, las leyes que dictara este órgano en materia financiera, presupuestaria y tributaria, se supeditaron a la ratificación de la Asamblea Nacional Constituyente; asimismo quedaron sujetas a dicho requisito la autorización por ley especial al Ejecutivo Nacional para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera; la legislación aprobatoria de los tratados y convenios internacionales a iniciativa del Ejecutivo Nacional (artículo 1 del Decreto). Se afectó además la forma de funcionamiento del Parlamento, siendo "suspendidas las sesiones ordinarias y extraordinarias, como cualquier otra actividad de las Cámaras y Comisiones del Congreso de la República". De esta manera, se dispuso que las limitadas funciones que a este órgano correspondían, iban a ser ejercidas "por órgano de su Comisión Delegada, así como por las Comisiones de Finanzas, Contraloría y las Comisiones Especiales para el estudio del Informe Anual del Contralor General de la República y para la Reestructuración Administrativa del Congreso". Esta intervención se extendió al Poder Legislativo de los Estados. En este sentido la Asamblea Nacional Constituyente decretó que las Asambleas Legislativas de los Estados "ejercerían sus funciones por órgano de una Comisión Delegada no mayor de siete (7) miembros e integrada solamente por diputados principales". Por otra parte, se revocó la inmunidad, prerrogativas, privilegios y remuneraciones de los diputados estadales, cesando éstos en sus funciones, excluidos aquellos que conformarían las comisiones delegadas (artículos 11 y 12).

La Asamblea Nacional Constituyente dictó además otros decretos que podrían calificarse como extralimitación de sus atribuciones, en tanto exceden el objeto para el cual fue creada. En esta categoría podemos ubicar el Decreto mediante el cual se resolvió ratificar al Presidente de la República en su cargo (9-8-99); el Decreto de Declaratoria de Emergencia Nacional (12-8-99); de suspensión de la convocatoria de los comicios para elegir Alcaldes, Concejales y miembros de las Juntas Parroquiales (31-8-99); el Decreto mediante el cual se convoca al

[65] Voto salvado de la Magistrada Cecilia Sosa Gómez al texto del Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia del 24-08-99, *Cit.* en Hernández Mendible ('00), *Ob. Cit.*, 96-97.

proceso electoral de la Federación Campesina de Venezuela (28-03-00); el Decreto mediante el cual se dispone la reincorporación del personal militar a la Fuerza Armada Nacional (26-01-00), entre otros.

Algunos de estos actos fueron impugnados infructuosamente ante el Máximo Tribunal del país. Mención especial merece la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno, con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta del 14-10-99, mediante la cual se declara improcedente la acción de nulidad interpuesta por Henrique Capriles Radowsky, quien para ese entonces era el Presidente de la Cámara de Diputados, en contra de los Decretos del 25 y 30 de agosto, en los que la Asamblea Nacional Constituyente reguló las funciones del Poder Legislativo. En dicha sentencia se establece que la Asamblea Nacional Constituyente es un Poder Constituyente Originario "autónomo, ilimitado e indivisible", no supeditada a lo dispuesto en la Constitución del 61, en tal virtud "el fundamento del acto impugnado no puede ser la Constitución vigente, desde que la soberanía popular se convierte, a través de la Asamblea Nacional Constituyente, en supremacía de la Constitución, por razón del carácter representativo del Poder Constituyente, es decir, como mecanismo jurídico de producción originaria del nuevo régimen constitucional de la República". Con esto se deja de lado lo establecido en las Bases Comiciales, así como lo que había sido asentado mediante jurisprudencia.

Brewer-Carías reconoce tres etapas en lo que fue la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente. La primera en el que la "Asamblea pretendió asumir el rol de Poder Constituyente Originario, reorganizando e interviniendo los Poderes Públicos". La segunda, dedicado a la elaboración de la Constitución, mas no mediante sesiones plenarias sino a través de las comisiones permanentes designadas al efecto (20 en total). Y la tercera etapa, dedicada a la aprobación del texto formulado, desarrollada en "forma inusitadamente rápida y con una celeridad casi irracional".[66]

Finalmente, el Proyecto de Constitución fue sometido a la consulta popular mediante referéndum celebrado el 15 de diciembre de 1999, siendo aprobado por entre el 70% al 80% (en algunos Estados) de los votantes, sin embargo, la abstención se ubicó en un 54% de los electores.[67]

---

[66] Brewer-Carías ('00 a), *Ob. Cit.*, 32-35. Coincide en la apreciación sobre la rapidez del debate constituyente, Martínez Dalmau ('00), R.: Rubén Martínez Dalmau, *El proceso constituyente venezolano y la Constitución de 1999*. En: *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano*. UCAB. Caracas, 125.

[67] Martínez Dalmau ('00), *Ob. Cit.*, 125.

En este segundo período, se produce un nuevo cambio en el orden jurídico, sin que pueda afirmarse que se trata del mismo orden jurídico iniciado con la Constitución del 61, ni del que correspondió a la primera etapa del proceso constituyente, pues en este último todavía se mantenía vigente tal texto constitucional. En este segundo momento, surge un nuevo orden jurídico, tomando en consideración el criterio formal y material, pues por un lado, tenemos un nuevo órgano cuyas facultades normativas no devienen de la Carta Magna del 61, ni de las Bases Comiciales aprobadas por el pueblo (de rango constitucional), en las cuales se limitaba la actuación de la Asamblea Constituyente a la elaboración de un proyecto de Constitución, pero que, sin embargo, dicta una serie de decretos que limitan el funcionamiento de los demás órganos del Poder Público, es decir, que ya no se mantienen los mismos criterios para la creación y derogación de las normas, señalados en el sistema originario (Constitución) de ese orden jurídico.

Adicionalmente, pareciera que el régimen político que correspondía al orden jurídico instaurado en la primera etapa del proceso constituyente, era el de un sistema democrático participativo, en el cual coexistirían los órganos ordinarios del Poder Público con sus respectivas atribuciones según la Norma Fundamental del 61, y un órgano extraordinario, la Asamblea Constituyente, con una facultad específica: elaborar el proyecto constitucional. Con el Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, los decretos dictados por ésta, la posición del Máximo Tribunal de la República, "se convirtió a la Asamblea en un 'superpoder' que concentra todas las potestades públicas",[68] sin control posterior alguno. Si caracterizamos a un Estado Democrático de Derecho, por la existencia de la separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, así como la sujeción de las actuaciones de todos los órganos del poder público al Bloque de la Constitucionalidad, al romperse dicha división con la aglutinación del poder en un solo órgano, y no estar éste sujeto al texto constitucional, pues evidentemente no se trata del mismo sistema político.[69]

Procede destacar que en las distintas sentencias y en el mismo Acuerdo emanado de la Corte Suprema de Justicia, pareciera sostenerse una pauta bastante laxa en cuanto a la identidad del orden jurídico, que no se corresponde ni con el criterio formal (en las versiones expuestas *supra*) ni con el criterio material

[68] Voto salvado de la Magistrada Cecilia Sosa contra el acuerdo del 24-8-99, emanado de la Corte Suprema de Justicia.
[69] Véase las conclusiones del trabajo del Profesor Víctor Hernández Mendible, *Ob. Cit.*, 103-107.

sostenido por Vilajosana, pues se afirma en forma reiterada que "la Asamblea no nació de un Gobierno *de facto*, sino que surgió en un sistema de *iure* mediante un procedimiento al cual ella misma –la Corte– ha dado su respaldo".[70] Es decir, que en opinión de quien ejerce la jurisdicción constitucional para que se operara una ruptura del orden jurídico, se requería algo más que la modificación de la Constitución por un medio no previsto en ella y un cambio en el régimen político, quizás lo determinante a dichos efectos –según el órgano jurisdiccional–, hubiese sido un hecho de violencia, es decir, un golpe de Estado, que insurgiera abruptamente contra todas las instituciones establecidas.

3.1.3 *Tercer Período: De la transición a la entrada en vigor de la nueva Constitución*

Pese que la Disposición Final Única del nuevo texto constitucional, ordenaba que su entrada en vigencia se operaría con su publicación en la *Gaceta Oficial*, "después de la aprobación por el pueblo mediante referendo", y que esa publicación tuvo lugar el 30 de diciembre de 1999 (*Gaceta Oficial* Nº 36.860), ese mandato tuvo que esperar un largo período "transitorio",[71] producto justamente de las mismas disposiciones transitorias previstas en la Carta Magna, así como de un "régimen de transición" emanado de la Asamblea Nacional Constituyente.

Por lo que respecta a las Disposiciones Transitorias constitucionales, si nos atenemos al concepto tradicional de norma transitoria[72] podemos clasificarlas a nuestros efectos, en tres grupos:

> a) Las disposiciones transitorias provisionales o temporales impropias. Se trata de reglas que no pretenden solucionar conflictos de

[70] Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia del 24-8-99. Incluso en sentencias posteriores, como la del 16-05-01, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se insiste en dicha continuidad, pese a que "la nueva Constitución surgió en un proceso de producción originaria (en tanto autorizado directamente por el pueblo como titular del poder constituyente originario, a diferencia del poder constituyente derivado) nos referimos a la reforma o enmienda constitucionales, sin fractura del orden jurídico..."

[71] Esa "transitoriedad" la resaltamos con comillas, por una parte, por su duración prolongada, tanto así que podríamos afirmar que aun a cuatro años de haberse aprobado la Constitución todavía dicha "transitoriedad" no ha finalizado. Y por la otra, que en nombre de la provisionalidad, se ha obviado el cumplimiento de normas constitucionales.

[72] Esto es, como aquellas que pretenden solucionar conflictos de leyes en el tiempo, determinando las normas aplicables a las situaciones jurídicas pendientes surgidas con ocasión del régimen anterior. *Cfr.* Viver I Pi-Viver y Pi Sunyer ('86), C.: Carles Viver y Pi Sunyer, *La Parte Final de las Leyes*. En: *La Forma de las Leyes. 10 Estudios de Técnica Legislativa*. Gretel Grupo de Estudios de Técnica Legislativa. Bosh Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 142-143.

leyes en el tiempo, determinando las normas aplicables a las situaciones jurídicas pendientes, sino que regulan de forma provisional situaciones jurídicas nuevas, a través de un régimen autónomo o declarando la ultractividad de la vieja ley.[73] En esta categoría podemos ubicar las disposiciones transitorias segunda, séptima, octava, novena, décima, decimoprimera, decimotercera, decimocuarta, decimoquinta y la prevista en el aparte único del numeral 5 de la disposición transitoria tercera.

b) Los mandatos de desarrollo legislativo de la Constitución. Éstos realmente no son disposiciones transitorias ni propias ni impropias, pues lo que pretenden es fijar un plazo perentorio para que la Asamblea Nacional dicte las leyes para desarrollar el texto constitucional, como es el caso de las disposiciones transitorias primera (ésta tiene la particularidad de que se reservó a la Asamblea Nacional Constituyente, la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Capital,), tercera, cuarta, quinta, sexta y decimoctava, algunas de las cuales no sólo fijan el término en que el Parlamento debe darle cumplimiento, cómo debe regular dicha materia (*vr.g*. la disposición transitoria quinta).[74]

c) Disposiciones provisionales no transitorias. En este rubro ubicamos las reglas que no persiguen la misma finalidad de las normas de derecho transitorio, sino que más bien "regulan situaciones nuevas de una forma que se considera 'provisional' porque esta regulación está sometida a un término resolutivo fijo, que puede ser determinado o indeterminado".[75] Este sería el caso de las reglas contenidas en la disposición transitoria decimoséptima, relativa a la conservación de la documentación derivada de la discusión del texto constitucional, y en la decimoséptima, sobre el cambio de nombre de la República.

Por otra parte, la Asamblea Nacional Constituyente no cesó en sus funciones una vez aprobada la Constitución, por el contrario continuó desplegando su actividad normativa, dictando decretos, entre los cuales se destaca, el conten-

[73] *Ib.*, 152.
[74] Cabe destacar que el Legislador ha cumplido muy deficientemente dichos mandatos, pudiendo decirse que está en mora en materias que podrían considerarse como fundamentales, como por ejemplo, las leyes referidas al Consejo Federal de Gobierno, Poder Municipal, entre otras. *Cfr.* Casal-Chacón ('02): Jesús María Casal y Alma Chacón Hanson, *Las posibilidades de una Constitución*. En: *Revista Sic*. (Encarte especial). Centro Gumilla. Junio 2002. Año LXV. Nº 645.
[75] *Ib.*, 155.

tivo del Régimen de Transición del Poder Público,[76] mediante el cual se regula "la reestructuración del Poder Público con el propósito de permitir la vigencia inmediata de la Constitución aprobada por el pueblo de Venezuela y proclamada por la Asamblea Nacional Constituyente" (Artículo 1). Así tales preceptos se dictaron con la intención de "desarrollar y complementar las Disposiciones Transitorias previstas en la Constitución aprobada por el pueblo venezolano" (artículo 2). Pese a que son reglas de naturaleza transitoria, su vigencia no está determinada, porque el mencionado decreto la extiende "hasta la **implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución aprobada, de conformidad con la legislación que a los efectos apruebe la Asamblea Nacional**" (artículo 3, destacado nuestro).

Para cumplir con su objeto, el mencionado Decreto dispuso con respecto al Poder Legislativo:

> – La disolución del Congreso de la República, con el consecuente cese de funciones de los diputados y senadores;
>
> – La creación de un nuevo órgano: la Comisión Legislativa Nacional, a la cual le corresponde la mayoría de las atribuciones que la nueva Constitución le asigna a la Asamblea Nacional. Se previó que esta Comisión duraría en sus funciones hasta la instalación del nuevo Parlamento. El régimen provisional de funcionamiento de la Comi-

[76] Este Decreto fue dictado el 22 de diciembre de 1999, en la *Gaceta Oficial* Nº 36.857 del 27 de diciembre de 1999; sin embargo, fue reimpreso "por error material del ente emisor" en la *Gaceta Oficial* Nº 36.859 del 29 de diciembre de 1999; y nuevamente fue objeto de otra reimpresión el 28 de marzo de 2000, en la *Gaceta Oficial* Nº 36.920. En criterio de Brewer-Carías, dicho Decreto es ilegítimo por cuanto la Asamblea Nacional Constituyente no tenía competencia constitucional para dictar el Régimen de Transición, incurriendo "en usurpación de autoridad, la del poder constituyente originario del pueblo, quien era el que podía aprobar ese régimen transitorio en el referéndum del 15-12-99". Adicionalmente este autor considera que la Constitución del 99 al entrar en vigencia con su publicación en la *Gaceta Oficial*, el 30 de diciembre de ese año, derogó tácitamente ese Decreto del 22-12-99, en todo aquello que colidiera con el texto constitucional. Brewer-Carías ('01 a), *Ob. Cit.*, 255-256, 264-265. El 01 de febrero de 2000, el abogado Ricardo Antela Garrido, solicitó ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la nulidad parcial del Decreto de Transición, por ser violatorio de la Constitución, así como de los "límites del mandato que a través de las Bases aprobadas el 25 de abril de 1999, le confirió el Constituyente primario a la Asamblea Nacional Constituyente". Este recurso fue declarado sin lugar mediante sentencia de la Sala Constitucional del 09-07-02. *Vid.* los detalles del recurso en: Antela Garrido ('00), R.: Ricardo Antela Garrido, *La Transición Constitucional (o cómo la Asamblea Nacional Constituyente se transformó en un Poder Suprapopular*. En: *Revista de Derecho Constitucional.* Ed. Sherwood. Nº 2. Enero-Junio 2000. Caracas. 19-45.

sión Legislativa Nacional (hasta tanto se dictase su reglamento de funcionamiento), era el previsto en el Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente y las disposiciones constitucionales relativas a la Asamblea Nacional. En el Decreto la Asamblea Constituyente designa directamente los integrantes de la Comisión quedando éstos inhabilitados para optar en el período electoral inmediatamente siguiente a cargos de elección popular.

– Incluso se afectó la organización administrativa del Congreso, al establecer que los funcionarios del Congreso de la República seguirían en sus cargos hasta tanto la Asamblea Nacional Constituyente o la Comisión Legislativa Nacional o la Asamblea Nacional efectúen nuevos nombramientos, u ordenen la reestructuración de los servicios administrativos y dicten las normas respectivas, quedando sin efecto la estabilidad del personal del Congreso.

– Igualmente cesaron en sus funciones los parlamentarios venezolanos que formaban parte del Parlamento Latinoamericano y del Parlamento Andino, quedando habilitada la Comisión Legislativa Nacional para designar provisoriamente a los representantes ante dichos órganos.

– El Poder Legislativo Estadal también fue objeto de regulación declarándose la disolución de las Asambleas Legislativas de los Estados, con la consecuente cesación en sus funciones de los legisladores estadales. Provisionalmente las funciones de los órganos legislativos regionales corresponderían a las Comisiones Legislativas Estadales, cuyos miembros fueron designados directamente por la Comisión Coordinadora de la Asamblea Nacional Constituyente.

– Y en cuanto a los Concejos Municipales, así como los Alcaldes, se dispuso que ejercerían sus funciones bajo la supervisión y control de la Asamblea Nacional Constituyente o de la Comisión Legislativa Nacional, hasta tanto se procediera a la elección popular de sus nuevos integrantes, pudiendo la Comisión Coordinadora de la Asamblea Nacional Constituyente o la Comisión Legislativa Nacional, sustituir parcial o totalmente la integración de los Concejos Municipales, así como sustituir a los Alcaldes, en los casos de graves irregularidades administrativas.

En relación al Poder Ejecutivo tanto Nacional, como Estadal y Municipal, el Decreto emanado de la Asamblea Constituyente permitió que continuaran en

ejercicio de sus funciones hasta tanto se produjese su elección mediante comicios populares.

Las previsiones relativas al Poder Judicial podemos resumirlas así:

> – La Corte Suprema de Justicia fue sustituida por el Tribunal Supremo de Justicia, disponiéndose la creación de las Salas Constitucional, Social y Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, previstas en el artículo 262 de la Constitución, para sumarse a las Salas ya existentes. En el mencionado Decreto, la Asamblea Nacional Constituyente designa provisoria y directamente a los magistrados que integrarán cada una de las Salas, dejándose a la Comisión Legislativa Nacional, la facultad de nombrar a los respectivos suplentes.
>
> – También se reguló lo relativo a los funcionarios de la Corte Suprema de Justicia, quienes continuarían en sus cargos hasta tanto el Tribunal Supremo de Justicia efectuara nuevos nombramientos, u ordenase la reestructuración de los servicios administrativos.
>
> – El Consejo de la Judicatura, sus Salas y dependencias administrativas pasaron a integrar la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, adscrita al Tribunal Supremo de Justicia; sin embargo, las competencias de gobierno y administración, de inspección y vigilancia de los tribunales y de las defensorías públicas, así como las competencias que la legislación le otorgaba al Consejo de la Judicatura en sus Salas Plena y Administrativa, serían ejercidas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, de forma provisional hasta que el Tribunal Supremo de Justicia organice la Dirección Ejecutiva de la Magistratura. Asimismo, la competencia disciplinaria judicial que correspondería a los Tribunales disciplinarios, es atribuida "temporalmente" a dicha Comisión, hasta que la Asamblea Nacional apruebe la legislación que determine los procesos y tribunales disciplinarios. Se le otorga a la Inspectoría General de Tribunales el carácter de órgano auxiliar de la Comisión, para el ejercicio de esta función.
>
> – También le correspondió a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, el desarrollo y operatividad efectiva del Sistema Autónomo de la Defensa Pública.
>
> – Las funciones encomendadas a la Comisión de Emergencia Judicial, creada por la misma Asamblea Nacional Constituyente, se le

otorgaron a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

– Otra Comisión (la Comisión Coordinadora de Evaluación y Concursos para Ingreso y Permanencia en el Poder Judicial), también creada por la Asamblea Nacional Constituyente, fue la encargada de los concursos públicos de oposición para los cargos de jueces.

– Los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, fueron designados por la Asamblea Nacional Constituyente, quienes durarían en sus funciones hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de los tribunales disciplinarios y del Sistema Autónomo de Defensa Pública.

– Se estableció un procedimiento disciplinario especial a los efectos de juzgar las faltas disciplinarias de los jueces.

En relación al Poder Ciudadano, se previó la designación del primer Comité de Evaluaciones y Postulaciones de dicho Poder, mas no se siguió el procedimiento previsto en el texto constitucional, para tales efectos. En su lugar, la Asamblea Nacional Constituyente se reservó el nombramiento de los mismos de una manera directa. De igual forma procedió a la designación provisional del Defensor del Pueblo, el Fiscal y el Contralor General de la República.

En el Decreto de Transición, se estableció que la Asamblea Nacional Constituyente también nombraría a los integrantes del Consejo Nacional Electoral, procediendo a dictar un Estatuto Electoral para la organización de los primeros comicios de todos los cargos de elección popular.

Posteriormente la Asamblea Nacional Constituyente dictó otras regulaciones como la Resolución sobre el Régimen para la integración de las Comisiones Legislativas de los Estados (07-01-00); el Decreto de Reincorporación del Personal Militar a la Fuerza Armada Nacional (25-01-00); el Estatuto Electoral del Poder Público (30-01-00); el Decreto que fijó la fecha para la celebración de las elecciones (30-01-00) y la misma Exposición de Motivos de la Constitución (30-01-00, publicada junto con el texto corregido de la Constitución en la *Gaceta Oficial* Nº 5453 del 24-03-00). La sesión de clausura de la Asamblea Constituyente fue pautada para el mismo 30 de enero, fecha en que cesó en sus funciones.

Los Decretos contentivos del Estatuto Electoral y de la fecha de realización de los primeros comicios, fueron objeto de una acción de inconstitucionalidad ejercida por Allan R. Brewer-Carías, Claudio Fermín y Alberto Francheschi (tres

ex-constituyentes), con fundamento en la violación "de los artículos 156, ordinal 32 y 187 ordinal 1° de la Constitución" (pues en su criterio dicho Estatuto violaba la reserva legal); además consideraban vulnerados los artículos 169, 173 y 175 (al señalar tales artículos que es competencia de la Asamblea Nacional establecer la duración del mandato de los concejales y de los miembros de las juntas parroquiales; así como también los artículos 63, 67, 186 de la Constitución). Con respecto al decreto de fijación de la fecha de las elecciones, en criterio de los recurrentes vulneraba el ordinal 5° del artículo 293 constitucional y el artículo 298 *ejusdem*.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, declaró sin lugar la acción de nulidad interpuesta, en sentencia del 28 de marzo del 2000, fundamentándose en los siguientes argumentos:

> a) La ley electoral vigente para dicha fecha (Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política) no era aplicable, pues era incompatible con la nueva Constitución.
>
> b) De declararse nulo el Estatuto Electoral, se dejaría "en un limbo jurídico la elección de la Asamblea Nacional", con lo cual "...Venezuela dejaría de ser un Estado Democrático, ya que uno de sus poderes no podría instalarse..." ."Declarar la nulidad del Estatuto que regula las únicas elecciones posibles para normalizar el funcionamiento del Estado es una irresponsabilidad que conduce a la negación del sistema democrático, al dejar indefinida la instalación de la Asamblea Nacional, con sus deberes esenciales para la vida del Estado...".
>
> c) Desde que se inició el proceso constituyente es posible distinguir dos regímenes transitorios: el primero desde el 25 de abril de 1999 (fecha en que el pueblo vota afirmativamente para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente), durante el cual estuvo vigente la Constitución del 61 "en lo que no colidiese con el régimen jurídico que creaba la Asamblea, ya que ésta ejercía en forma originaria el poder constituyente, por ser emanación del pueblo soberano, y por tanto, no existía norma superior prestablecida por encima de sus determinaciones...". Este período de transitoriedad finalizó con la aprobación de la Constitución del 99. El segundo "régimen transitorio", nace con la entrada en vigencia de la Constitución, "el cual se rige por las normas sancionadas a ese fin por la Asamblea Nacional Constituyente en ejercicio de su competencia constituyente... Esta

> normativa de rango análogo a la Constitución, está destinada a que las instituciones prevenidas en la misma, pero que aún no han entrado en funcionamiento, se realicen, y se agota al cumplir su cometido. Las normas de transición devienen así en integrantes del sistema constitucional, en cuanto hacen posible la plena vigencia de la naciente Constitución. La transitoriedad es inherente al propio proceso constituyente y le es inmanente".
>
> d) Finalmente, indica la sentencia cuándo finalizaría esa transitoriedad en los siguientes términos: "el régimen de transición se proyecta hacia el futuro, no sólo hasta la instalación de la Asamblea Nacional, sino aun más allá; ya que el artículo 3 de dicho régimen (se refiere al Decreto contentivo del Régimen de Transición del Poder Público) señala: "Cada disposición del régimen de transición del Poder Público tendrá vigencia hasta la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución aprobada, de conformidad con la legislación que a los efectos apruebe la Asamblea Nacional", por lo que mientras tales legislaciones no se aprueben, las normas y actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente tienen plena vigencia, hasta que de conformidad con la Constitución se establezca el régimen legal que vaya derogando la provisionalidad, y vaya dejando sin efecto las normas y actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente. Ese régimen legal es el ordinario que corresponde a la Asamblea Nacional y el que le ordena adelantar las Disposiciones Transitorias que como parte integrante del texto constitucional, se publicaron con él".[77]

El 30 de julio de 2000, y no en la fecha fijada en el impugnado Decreto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente,[78] se realizaron las elecciones para todos los cargos de elección popular: Presidente de la República, diputados a la Asamblea Nacional, gobernadores de Estado, legisladores estadales, alcaldes, Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas, concejales, entre otros. El órgano legislativo nacional fue instalado el 14 de agosto del mismo año, y el 19 del

[77] Con argumentos similares es declarada sin lugar otra acción de nulidad conjuntamente con amparo constitucional contra los mismos actos normativos, interpuesta por los ciudadanos Gonzalo Pérez Hernández y Luis Morales Parada. Sentencia de la SC del TSJ del 28-03-00.

[78] El Decreto establecía como oportunidad para la realización de las elecciones, el 28 de mayo de 2000. Sin embargo, dada la complejidad de las mismas, hubo necesidad de postergarlas para el día 30 de julio del mismo año.

mismo mes y año fue juramentado como Presidente de la República, quien hasta entonces tenía dicho cargo: Hugo Chávez Frías. Con ello podríamos decir, que entraron en vigencia plenamente las reglas relativas a la producción normativa, ya que con anterioridad, las leyes emanaban de un órgano provisorio no electo de una manera popular: la Comisión Legislativa Nacional.

Es decir, que en esta tercera etapa, podemos distinguir a su vez, dos períodos, uno que abarcaría desde la aprobación de la Constitución mediante referéndum hasta la elección de la nueva Asamblea Nacional. Lapso en el cual se verifica la desintegración de los poderes constituidos bajo la vigencia de la Constitución del 61, y en el que autoridades provisorias comienzan a ejercer las competencias previstas en la Constitución del 99, lo que habilita afirmar la existencia de un nuevo orden jurídico, aunque "transitorio", no coincidente ni con el surgido con el texto constitucional anterior ni con el nuevo texto fundamental. Ello en virtud de que los criterios para la creación y derogación de normas, no son los señalados en el sistema originario del orden anterior (Constitución del 61). Tampoco son los criterios admitidos en el sistema originario del nuevo orden (Constitución del 99). En este interregno las normas son creadas y derogadas por la Asamblea Nacional Constituyente hasta que cesó en sus funciones, y por un órgano creado por ella misma: la Comisión Legislativa Nacional. También se opera un cambio en el régimen político, pues al cesar sus funciones la Asamblea Nacional Constituyente, ya no se puede hablar de un poder supraconstitucional, ilimitado, que monopoliza prácticamente el ejercicio de todos los demás poderes. Empieza a definirse de nuevo una separación de poderes, aunque el Poder Legislativo es un órgano creado *ad hoc*, y repetimos, sin gozar de la legitimidad que deviene de su elección popular.

Con la instalación de la Asamblea Nacional, integrada de la forma prevista en la Constitución del 99, así como la elección y toma de posesión de las nuevas autoridades a nivel nacional, estadal, distrital y municipal, comenzaría otro período, al cual corresponde el orden jurídico cuyo sistema originario sería el conjunto de normas contenidas en la nueva Constitución, en virtud de que se regulariza –aunque sea formalmente– el proceso de producción normativa.

No obstante lo anterior, no se puede decir que la "transitoriedad" haya cesado, por lo menos de acuerdo al Régimen de Transición del Poder Público y a la interpretación jurisprudencial del máximo Tribunal, pues pareciera que el régimen transitorio se mantendrá "hasta la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución aprobada, de conformidad con la legislación que a los efectos apruebe la Asamblea Nacional". Esto último ha servido de fundamento para que en nombre de dicha

"transición" se viole el texto constitucional, pues no puede argüirse –en nuestro criterio– la prelación de las normas dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente fuera de su esfera de competencia, a lo dispuesto la misma Carta Magna aprobada por el pueblo mediante referendo. Por el contrario, de acuerdo al artículo 7, "la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico".

Ejemplo de dicha situación irregular fue la "Ley especial para la Ratificación o Designación de funcionarios y funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia", dictada por la Asamblea Nacional el 14 de noviembre de 2000 (G. O. 37077 del 14-11-00). Así según el texto constitucional (artículos 264 y 270), la selección de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia está sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Constitución del Comité de Postulaciones Judiciales, el cual es un órgano creado constitucionalmente, con carácter de asesor del Poder Judicial para la selección de los candidatos a los cargos de magistrados, así como para la elección de los jueces de la jurisdicción disciplinaria. Este Comité debe estar integrado por diferentes representantes de la sociedad; b) En segundo lugar, debe abrirse un lapso de postulaciones, pudiendo éstas realizarse por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas a la actividad jurídica; igualmente debe abrirse otro plazo para que puedan ser hechas las objeciones respectivas a los postulados; c) El Comité debe hacer una preselección de las postulaciones para presentarle una lista al Poder Ciudadano, a su vez éste realizará otra preselección para presentarle una nueva terna a la Asamblea Nacional, quien es la que debe hacer la elección definitiva.

Para la designación de los titulares de los cargos del Poder Ciudadano, esto es, Defensor del Pueblo, Fiscal y Contralor General de la República, igualmente la Constitución en su artículo 279, prevé un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, el cual debe ser convocado por el mismo Poder Ciudadano, e integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad. En este caso, también debe abrirse un plazo para las postulaciones y para las observaciones a éstas, siendo el Comité el que realice la preselección, para lo cual elaborará una terna que será sometida a la consideración de la Asamblea Nacional, la cual mediante una mayoría calificada (2/3) partes de los integrantes hará la selección respectiva.

La citada ley opta por un procedimiento distinto, pues crea una Comisión de Evaluación de Postulaciones integrada por quince miembros diputados y seis representantes de la sociedad civil, quienes también fueron seleccionados por la misma Asamblea, para la escogencia de los candidatos ante dichos cargos,

con la particularidad de que se permitió la postulación de quienes en dicho momento detentaban tales cargos, por haber sido nombrados provisionalmente por la Asamblea Nacional Constituyente.

La entonces Defensora del Pueblo, Dilia Parra, demandó la nulidad por inconstitucionalidad de dicha legislación, conjuntamente con amparo constitucional. El 12 de diciembre de 2000, mediante sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (ponencia del Magistrado Jesús E. Cabrera), admitió la demanda para su conocimiento y a decisión en cuanto al fondo. "Sin embargo, en otra decisión paralela y del mismo día, los magistrados 'provisorios', decidiendo en interés propio y avanzando sobre el fondo de la materia cuya decisión dejaron pendiente, declararon la no aplicación –para sus 'ratificaciones' respectivas como miembros del Tribunal Supremo– de lo dispuesto en el artículo 263 de la Constitución de 1999: relativo a los requisitos que deben cumplir quienes aspiren a ser magistrados del Alto Tribunal".[79]

Dicha sentencia se fundamentó justamente en la transitoriedad, alegando la vigencia del Régimen de Transición del Poder Público, en los siguientes términos:

> ...la normalización total de instituciones nuevas como el Poder Ciudadano y el Tribunal Supremo de Justicia, requieren de leyes orgánicas que desarrollen el texto constitucional, y mientras ellas no se dicten, las mismas se rigen por dos cuerpos legales coexistentes e integrativos: Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que se complementan... cuando las leyes orgánicas respectivas se dictaren, cesaría definitivamente el régimen provisorio que gobierna las instituciones, actualmente carentes de dichas leyes especiales...

En virtud de lo expuesto, podemos decir que se encuentra vigente un orden jurídico cuyo sistema originario lo constituiría la Constitución del 99, con la particularidad de que hay instituciones en donde aún hay vestigios de la transitoriedad, que finalizará definitivamente cuando se dicten las leyes que desarrollen lo dispuesto en el texto constitucional. Esa "transitoriedad" ha sido utilizada como argumento para justificar la aplicación de normas contenidas en leyes preconstitucionales, en leyes provisionales dictadas *ad hoc*, en leyes nuevas, aunque puedan ser interpretadas como contrarias a los preceptos constitucionales.

---

[79] Aguiar ('02), A.: Asdrúbal Aguiar, *Los golpes a la Constitucionalidad en Venezuela*. Especial para *El Universal.* 12-02-02. http://politica.eluniversal.com/constitucionaguiar.com

Además, desde que el Poder Público se conformó de acuerdo a la nueva estructura constitucional (agosto de 1999), ese orden jurídico se ha caracterizado por su bajo nivel de eficacia, lo cual se evidencia de las continuas violaciones a la Constitución, principalmente por parte de los órganos del Poder Público. Para sólo citar un ejemplo, tendríamos el caso de la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Fuerza de Ley en las Materias que se le delegan (Ley Habilitante),[80] que para algunos constituyó una "habilitación parlamentaria abierta que incorporó, inclusive, materias que son de estricta reserva del órgano legislativo".[81] En ejecución de dicha autorización, el Presidente de la República dictó cuarenta y nueve Decretos-leyes, irrespetando una serie de principios constitucionales, entre otros se citan, "el de participación ciudadana en el debate de las leyes (artículos 62, 7, 187 numeral 4 y 211 de la CRBV), y el de consulta a los Estados en las materias que los afecte (206 *ejusdem*)". El Decreto con rango y fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario "que autoriza la confiscación administrativa y sin mediación judicial de los fundos de propiedad privada cuyas actividades agrícolas o pecuarias no se ajusten a las políticas del Estado es uno de los más emblemáticos".[82] Incluso se omitió el cumplimiento de formalidades que pudieran considerar esenciales, como Informe que debía rendir el Ejecutivo Nacional a una Comisión Especial de la Asamblea Nacional, acerca del contenido de los decretos elaborados con base en los poderes delegados, por lo menos diez días antes de su publicación en la *Gaceta Oficial* (artículo 4 de la Ley Habilitante), así como la publicación en la *Gaceta Oficial* de los citados Decretos antes de que feneciera el término de la autorización, fijado en el plazo de un año.

3.2 *LAS VERSIONES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999*

Otro problema que plantea el orden jurídico venezolano vigente, es el de las distintas versiones del texto de la Constitución de 1999, por lo que pudiera concebirse la existencia de tres órdenes jurídicos distintos. Por mínimos que sean los cambios, al concebir las normas como significados cualquier alteración del texto, producirá un sentido distinto. Para autores como Bulygin, Aarnio y Niiniluoto, al ser las normas "oraciones significativas, conlleva a que

[80] Publicada en la *Gaceta Oficial* Nº 37.076 del 13 de noviembre de 2000.
[81] Aguiar ('02), *Ob. Cit.*
[82] Aguiar ('02), *Ob. Cit.*, s/p. Mediante decisión del TSJ/SC, del 20-11-02 se dictaminó la inconstitucionalidad de los artículos 89 y 90 del Decreto con rango y fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (publicado en la G. O. Nº 37.323 del 13-11-01). En: http://tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2855-201102-02-0311.htm (26-11-02).

"dos oraciones estructuralmente idénticas, pero con significado diferente, es decir, oraciones que no correlacionan los mismos casos con las mismas soluciones, son dos normas distintas y dos oraciones diferentes dotadas del mismo significado también son dos normas distintas, aunque equivalentes".[83] Cuál de las tres versiones tiene validez es lo que determinaremos a continuación.

El texto elaborado por la Asamblea Nacional Constituyente, como indicamos, fue sometido a referendo 15-12-99, este texto se publicó en la Gaceta Electoral del mismo día, y luego de aprobada en la *Gaceta Oficial* del 30-12-99; posteriormente, el 24 de marzo de 2000 se reimprimió el texto constitucional "por cuanto en dicha publicación (la del 30 de diciembre) se incurrió en errores de gramática, sintaxis y estilo". Dicha reimpresión fue ordenada por la misma Asamblea Constituyente el 27 de enero de 2000. En esta misma *Gaceta Oficial* (Nº 5.453) se publicó la supuesta Exposición de Motivos, que no fue sometida a la consulta popular, y al parecer "no fue discutida ni aprobada seriamente por la Asamblea, ni su texto fue conocido con anterioridad al 30-01-00, fecha en la cual fue "decretada"; y ni siquiera con anterioridad al 24-03-00, fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial*".[84] Estas versiones guardan diferencias entre sí, incluso la Exposición de Motivos, pretende –como veremos enseguida– alterar aún más la voluntad popular.

Particularmente ha sido discutido por la doctrina las modificaciones introducidas en el numeral 10 del artículo 336, referido al recurso de revisión de las sentencias de amparo dictadas por los tribunales de la República, pues en la versión publicada en marzo de 2000, se restringe la potestad de revisión a los "fallos definitivamente firmes", con lo cual quedarían "excluidas las sentencias interlocutorias, como las que resuelven una solicitud de medida cautelar, o las que se pronuncian sobre la admisión de una prueba, decisiones éstas en las que también se puede ejercer el control difuso de la constitucionalidad".[85]

En nuestro criterio las discrepancias en las tres publicaciones de la Constitución, debe resolverse a favor de la que fue sometida a consulta popular, al ser el pueblo el titular de la soberanía y del Poder Constituyente. Además debe tenerse en

[83] Bulygin ('91), *Ob. Cit.*, 468.
[84] Brewer-Carías ('00 b), A. R.: Allan Randolph Brewer-Carías, *Comentarios sobre la ilegítima "Exposición de Motivos" de la Constitución de 1999, relativa al sistema de justicia judicial*. En: *Revista de Derecho Constitucional.* Ed. Sherwood. Nº 2. Enero-Junio 2000. Caracas. 47.
[85] Casal H. ('00) J. M.: Jesús María Casal, *Hacia el fortalecimiento y racionalización de la justicia constitucional*. En: *Revista de Derecho Constitucional.* Ed. Sherwood. Nº 2. Enero-Junio 2000. Caracas. 237. *Cfr.* Brewer-Carías ('00 b), *Ob. Cit.*, 57.

cuenta que nuestra legislación le da primacía al texto original, pues sólo "cuando hay una evidente discrepancia entre el original y la impresión de una ley, se la volverá a publicar corregida en la *Gaceta Oficial*... (artículo 4 de la Ley de Publicaciones Oficiales), mas no se puede pretender subsanar "errores de gramática, sintaxis y estilo", que se hayan supuestamente cometido en el texto original, pues tales modificaciones aparentemente formales, pueden provocar cambios en el significado del texto. Este es el caso del numeral 3 del artículo 266 de la Constitución. La publicación original y la del 30 de diciembre establecían:

> 3.- Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente o Vicepresidenta de la República... **oficiales u oficialas generales y almirantes** de la Fuerza Armada Nacional.

Por su parte el texto reimpreso el 24 de marzo de 2000, señala:

> 3.- Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente o Vicepresidenta de la República... **oficiales, generales y almirantes** de la Fuerza Armada Nacional.

Esta simple modificación de forma como fue la eliminación de las palabras "u oficialas", y el agregado de la coma, cambia completamente el sentido de la disposición, pues según el texto original el Tribunal Supremo de Justicia sólo tiene competencia para declarar si hay o no mérito para enjuiciar a los oficiales de más alto rango de la Fuerza Armada Nacional, esto es, los generales y almirantes. Mientras que la publicación reimpresa, pareciera ampliar dicha competencia respecto de todos los oficiales, así como a los generales y almirantes.

Con respecto a la Exposición de Motivos cuyo texto aparece con la última reimpresión de la Constitución, igualmente cabe desconocer su valor como fuente que coadyuve a la interpretación del Texto Fundamental, por varias razones:

> 1) No fue sometida a consulta popular en el referéndum realizado el 15-12-99.
>
> 2) No hay constancia de su discusión y aprobación por la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente.
>
> 3) Pretende encauzar la determinación del sentido y alcance de algunas normas constitucionales hacia derroteros que se distancian de la intención del Constituyente.

Así, por ejemplo, en lo que respecta a la naturaleza y competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la Exposición de Motivos, pretende parangonar dicha Sala a una Corte o Tribunal Constitucional, señalando dos contenidos que debería desarrollar la ley orgánica respectiva:

> los correctivos y sanciones necesarias para que aquellas Salas del Tribunal Supremo de Justicia y tribunales de la República que violen la Constitución o las interpretaciones que sobre sus normas o principios establezca la Sala Constitucional; así como un mecanismo de carácter extraordinario mediante el cual la Sala Constitucional pueda revisar los actos o sentencias de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia que contraríen la Constitución o las interpretaciones que sobre sus normas o principios haya previamente fijado la Sala Constitucional.

Tanto Brewer-Carías como Casal, coinciden en afirmar la discrepancia entre esta "Exposición", y lo que fue considerado y reflejado por la Asamblea Nacional Constituyente. "De acuerdo con el artículo 262 de la Constitución, el Tribunal Supremo funciona en Sala Plena y en las Salas Constitucional, Político-Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social. Todas las Salas, por tanto, constituyen el Tribunal Supremo de Justicia, cada cual con su específica integración y competencia... y no hay Sala alguna que esté por encima de otra. Cuando una Sala decide, decide el Tribunal Supremo de Justicia y como máximo Tribunal de la República, por lo que dichas sentencias no pueden ser revisadas por ninguna otra instancia superior que no existe".[86] "No es cierto, por lo demás que "...la Constitución en el Capítulo referido a la Garantía de esta Constitución, dota a la Sala Constitucional del carácter y de las competencias que tiene en derecho comparado cualquier Corte o Tribunal Constitucional...". Si alguna facultad es propia de la mayoría de las Cortes o Tribunales Constitucionales es la de anular las sentencias emitidas por la máxima instancia judicial ordinaria, cuando vulneren derechos constitucionales. La Constitución venezolana no alude a una facultad semejante, y el asunto es de tal envergadura, en lo que atañe a los perfiles jurídicos del sistema de justicia constitucional, que el silencio de la Constitución no puede ser entendido en el sentido pretendido por la Exposición de Motivos...".[87]

[86] Brewer-Carías ('00 b), *Ob. Cit.*, 53.
[87] Casal ('00), *Ob. Cit.*, 240.

CONSIDERACIONES FINALES

De lo expuesto podemos concluir, que el problema de la identidad de los órdenes jurídicos, aún no tiene una respuesta teórica satisfactoria. Si tomamos como punto de partida los criterios formales, cualquier modificación no autorizada del orden jurídico, habilitaría afirmar la ruptura del mismo y el surgimiento de uno nuevo. Tal explicación es insuficiente, pues de lo contrario cualquier ley inconstitucional pudiera afectar la continuidad del conjunto de conjuntos. Además, no da respuesta a la sucesión de órdenes jurídicos, cuando se han verificado transformaciones en las instituciones fundamentales en el marco de la legalidad.

Por otra parte, las tesis formalistas exigen precisar el denominado sistema originario o que fundamenta de validez a los demás sistemas o subconjuntos del orden. Tampoco las respuestas sobre cómo determinar cuál es el sistema originario son adecuadas, toda vez que algunas de ellas remiten a elementos del propio sistema (definición de jueces u órganos primarios), cayendo en explicaciones circulares; mientras que otras ya suponen la identificación del orden jurídico y de las últimas normas positivas del sistema (Kelsen).

Si acogemos el criterio material, cualquier modificación en las circunstancias que –según un determinado criterio de clasificación– es relevante para tipificar a los regímenes políticos, también implicaría la pérdida de identidad del orden jurídico.

En lugar de tomar en consideración estos criterios en forma aislada, pareciera aconsejable emplearlos conjuntamente, complementando uno las carencias del otro. Ello permitiría decir que estamos ante un mismo orden jurídico, si los sistemas que a él pertenecen mantienen los mismos criterios para la creación y derogación de las normas, señalados en el sistema originario (Constitución) de ese orden jurídico, siempre y cuando los cambios que se introduzcan no sean de tal entidad que impliquen un cambio de régimen político. Si se produce una modificación inconstitucional (no autorizada) del sistema originario, en lo que respecta a las normas que regulan las instituciones políticas fundamentales, se provoca una ruptura del orden anterior y surge un nuevo orden, si éste en su conjunto es eficaz.

Aportes para la historia de la cultura jusprivatista internacional

Miguel Ángel CIURO CALDANI*

SUMARIO:

1. La cultura jusprivatista internacional.
2. La comunidad iusprivatista interregional medieval.
3. La comunidad iusprivatista internacional contemporánea.
4. La integración y la globalización/marginación de nuestro tiempo

1. LA CULTURA JUSPRIVATISTA INTERNACIONAL

1. La comunidad jusprivatista internacional es el resultado de una larga historia en la cual, como en la generalidad de los casos, la evolución del *Derecho* se muestra profundamente interrelacionada con la evolución del resto de la *cultu-*

* **Universidad Nacional de Rosario,** Profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho. **CONICET** (Argentina), investigador.

ra.[1] La vinculación del Derecho y el resto de la cultura depende, notoriamente, de los alcances con que se construya el objeto de la ciencia jurídica. Cuando éste es construido con un alcance *integrativista* como el que, dentro de la concepción tridimensional, propone la *teoría trialista del mundo jurídico*, la relación entre el Derecho y el resto de la cultura es muy profunda.[2]

Dentro del tridimensionalismo, el trialismo brinda un objeto jurídico constituido por realidad social, normas y valores. Específicamente, edifica al Derecho integrándolo con *repartos* de potencia e impotencia (de lo que favorece o perjudica al ser y la vida), captados por *normas* y valorados, los repartos y las normas, por

[1] Es posible v. nuestros *Estudios de Historia del Derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; también *Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003; *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4. Asimismo cabe v. nuestras *Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.
En cuanto a la historia del Derecho Internacional Privado, pueden v. por ej. Goldschmidt, Werner, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, 2ª. ed., Buenos Aires, t. I, 1952, pp. 143 y ss.; *Derecho Internacional Privado*, 6ª. ed., Buenos Aires, Depalma, 1988, pp. 67 y ss.; Romero del Prado, Víctor N., *Derecho Internacional Privado*, Córdoba, Assandri, t. I, 1961, pp. 375 y ss.; Valladao, Haroldo (Professor), *Direito Intenacional Privado*, 4ª. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, t. I, 1974, pp. 96 y ss.; Francescakis, Ph., *Droit International Privé Comparé*, en *Répertoire de Droit International* (dirigido por Ph. Francescakis), París, Dalloz, t. I, 1968, pp. 674 y ss.; Jayme, Erik, *Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personnne humaine face à la globalisation*, en *Recueil des Cours* de la Académie de Droit International, t. 282, pp. 9 y ss.; Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *Las grandes líneas de tensión del Derecho Internacional Privado*, en *Estudios en homenaje a la doctora Berta Kaller de Orchansky*, Córdoba, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 2004, pp. 55 y ss.; *Nuevas reflexiones sobre las bases y la evolución del Derecho Internacional Privado, con especial referencia al Derecho Internacional Privado argentino*, en *Investigación y Docencia*, Nº 37, pp. 49/54; *Reflexiones de Derecho de la Cultura, Derecho Universal y Derecho Internacional Privado en relación con la guerra de Irak*, en *Investigación ... Cit.,* Nº 37, pp. 55/64; es posible c. UDEM, Derecho Internacional Privado, http://www.udem.edu.mx/paso/academico/profesorado/101081/clase4.htm 6-1-2005; Wanadoo, Derecho Internacional Privado, http://html.rincondelvago.com/derecho-internacional-privado.html 4-1-2005; Derecho Internacional Privado, http://www.elfaroderecho.8m.com/archivos/derecho_internacional_privado.htm 5-1-2005; Conflict of Laws 2002, P. MacLean, http://www.unbf.ca/clubs/lss/course_notes/conflicts_general.doc 5-1-2005;
Conflicts Outline for Prof. Wuester, http://outlines.law.uvic.ca/courses/conflicts/CONF_1.WP5 5-1-2005.

[2] Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico cabe c. por ej. Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª. ed., 5ª. reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987; Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *Derecho y Política*", Buenos Aires, Depalma, 1987; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; *Estudios Jusfilosóficos*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

consideraciones de *justicia*. Los repartos son adjudicaciones de potencia e impotencia producidas por la conducta de seres humanos determinables; a su vez, el campo de las adjudicaciones jurídicas abarca las distribuciones que provienen de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar.

Asumidas, de tal modo, la causalidad y las valoraciones como partes del objeto de la ciencia jurídica, las relaciones del Derecho con la economía, la religión, la filosofía, la ciencia, el arte, etc., se muestran especialmente significativas. El *análisis cultural* es siempre un despliegue relevante para la comprensión del Derecho; para el trialismo es destacadamente importante.

2. Desde una perspectiva integrativista trialista, proponemos construir el objeto del *Derecho Internacional Privado* como un conjunto de casos jusprivatistas con elementos extranjeros y sus soluciones (repartos), captados por normas que emplean un complejo de métodos que incluye el método analítico privatista, el método indirecto, el método directo y el método sintético judicial e inspirados, las soluciones y los métodos, en el respeto al elemento extranjero. En este caso, nos proponemos estudiar la historia del Derecho Internacional Privado en sus vinculaciones con el resto de la cultura.

Para el estudio de la historia del Derecho Internacional Privado como parte del mundo cultural nos referiremos especialmente a la llegada a la primera "hora estelar", del Derecho *Interregional* Privado medieval; al arribo a la segunda "hora estelar", del Derecho *Internacional* Privado en sentido estricto, contemporáneo, y a la situación actual "postmoderna", de tensión de la internacionalidad clásica con la globalización/marginación.[3]

Sin desconocer las diferencias entre la idea de "nación" a la que se refiere la expresión "Derecho Internacional Privado" y la noción de "cultura", cabe señalar que el Derecho Internacional Privado es, de cierto modo, también un Derecho *Intercultural* Privado.[4] En este sentido, pueden aprovecharse las enseñanzas obtenidas desde el Derecho Internacional Privado clásico para el desarrollo de la teoría general de los *contactos de respuestas jurídicas y vita-*

[3] Cabe ver nuestro artículo *Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración*, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Nº 24, pp. 41/56.

[4] Pueden ver nuestros estudios *Europa ante los retos de la multiculturalidad y la globalización*, en *Investigación ... Cit.,* Nº 32, pp. 9/14; *Las ideas filosóficas en conflicto en las tres guerras mundiales y la actualidad (Hegel, Saint-Simon y Bentham - El carácter jurídico del acto filosófico - La necesidad de la multiculturalidad occidental)*, en *Revista del Centro de Investigaciones... Cit.,* Nº 25, pp. 59/73.

les.[5] Todos los problemas jusprivatistas *internacionales* son cuestiones *interculturales*.[6] Para respetar hay que comprender.

En todo caso, es importante saber, *V.gr.,* conforme a qué presencia cultural se *califican* los despliegues de la vida; si desde un legado se puede hacer *fraude* a otro o producir un *reenvío*, si una presencia tiene capacidad de *rechazo* respecto de las influencias de otra. Así pueden detectarse situaciones de *aislamiento* y *relaciones* de coexistencia de unidades independientes, dominación, integración y desintegración. Como hemos de señalar, en nuestros días el Derecho Internacional Privado en particular, la juridicidad toda y el complejo cultural son en gran medida signados por la dominación de la herencia romana y la presencia anglosajona. Hace algunas décadas Ph. Francescakis destacaba la importancia de las lenguas como vías de recepción jurídica.[7] El imperio del inglés hoy es notorio.

3. Para la aparición de la *comunidad internacional*, marco en el cual se desenvolvió el Derecho Internacional Privado, se requirió un clima de *diversidad* en el marco de un *legado común*. En la comprensión de las vinculaciones jurídicas, siempre es relevante reconocer los *denominadores comunes* y los *denominadores particulares* que intervienen en su desenvolvimiento; en la comunidad internacional se trata sobre todo de un complejo axiológico en el que hay *valores compartidos* y otros específicamente desenvueltos en distintos ámbitos del conjunto.

---

[5] Es posible c. nuestros *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en *Investigación... Cit.,* Nº 37, pp. 85/140); también cabe v. *Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad*, en *Bioética y Bioderecho*, Nº 3, pp. 83 y ss. Como se señala en el texto, los grandes problemas de las calificaciones, la cuestión previa, el fraude a la ley, el reenvío y el orden público son referibles no sólo a los contactos de respuestas del Derecho Internacional Privado, sino a los contactos de respuestas jurídicas, culturales y vitales en general.

[6] En la base de la comprensión del Derecho Internacional Privado está siempre el Derecho Comparado. En cuanto al Derecho Comparado en general, pueden v. por ej. David, René - Jauffret-Spinosi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10ª. ed., París, Dalloz, 1992; Zweigert, Konrad - Kötz, Hein, *Introduction to Comparative Law*, trad. Tony Weir, 3ª. ed., Oxford, Clarendon, 1998; *Introducción al Derecho Comparado*, trad. Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford University Press, 2002; LOSANO, Mario, *Los grandes sistemas jurídicos*, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982. En cuanto al panorama de las religiones, cabe c. König, Franz (Dr.) (dir.), *Cristo y las Religiones de la Tierra*, trad. Ramón Valdés del Toro, 2ª. ed., t. II, Madrid, BAC, 1968/1970.

[7] Francescakis, *Op. Cit.*, p. 687.

Hay valores de la comunidad internacional que forman un fondo común mutable, como al menos lo fueron la humanidad y la justicia, que también lleva a referirnos a otros valores relativamente compartidos, según resulta hoy en gran medida la utilidad. En la interregionalidad medieval el fondo común era constituido en mucho por la santidad. Ese fondo común no excluye, sin embargo, realizaciones espacialmente específicas (v. gr. la cultura estadounidense es más utilitaria que la francesa).[8]

Vale reconocer detenidamente cuáles son los valores que conducen al respeto y cuáles al rechazo de los valores de los elementos extranjeros. Al fin, el respeto se apoya en alguna *homogeneidad cultural*, en tanto el rechazo surge de cierta *heterogeneidad*. La referencia a un mismo valor como valencia (deber ser "puro") puede llevar incluso al conflicto si las valoraciones (generadoras de deber ser "aplicado") son opuestas. Puede lucharse por la justicia en distintos bandos, si se piensa que lo justo es diferente. El respeto se logra cuando los denominadores comunes llevan a aceptar los específicos.

4. La formación de la *comunidad internacional*, marco del Derecho Internacional Privado, es uno de los episodios de la sucesión de acontecimientos de aproximación y distanciamiento que se suceden en la muy compleja cultura occidental. Nació a comienzos de la Edad Moderna y luego se extendió dificultosamente por el mundo, hasta llegar a la actual globalización/marginación.

Hoy parece imperar la aproximación incluso más allá del espacio occidental, llegándose al fenómeno de la globalización, aunque también se produce, por "debajo", un fenómeno de marginación y hay conflictos que –sobre bases que a menudo no compartimos– han llegado a ser referidos como choques de civilizaciones.[9]

Aunque no es el objetivo de nuestro estudio, importa referir que los despliegues culturales se desenvuelven en estrecha relación con la *constitución ma-*

[8] Acerca de la creencia en un Derecho Internacional Privado común puede v. por ej. Francescakis, *Op. Cit.*, pp. 682 y ss.; respecto de las diferencias entre sistemas, por ej. pp. 679 y ss. De cierto modo, se ha considerado a veces que las soluciones de Derecho Internacional Privado no sólo prevalecen sobre las de Derecho Interno por ser especiales, sino por alguna "superioridad material" universalista. Obviamente, también pueden prevalecer por la jerarquía de las clases de fuentes.

[9] *Cambio Cultural, Investigación, Política Internacional, ¿Choque de civilizaciones?*, José Eduardo Jorge, http://www.cambiocultural.com.ar/investigacion/clash.html 6-1-2005. En relación con la complejidad de la comunidad internacional, puede v. por ej. Facultad de Periodismo y Comunicación Social, Relaciones Internacionales y Comunicación, Teórico del Doctor Ángel Tello, http://perio.unlp.edu.ar/relaciones_internacionales/teorico%2029-08.pdf 1-1-2005.

terial, formada por los factores de poder, y se interrelacionan con los *intereses*.[10] La historia del Derecho y de la cultura es, de cierto modo, una historia de las fuerzas sociales y de los intereses. El Derecho Internacional Privado tiene una constitución cultural, pero también una constitución material y económica.[11] Quien desee obtener una solución jusprivatista internacional deberá cuidar que sea "material" y económicamente viable.

2. LA COMUNIDAD IUSPRIVATISTA INTERREGIONAL MEDIEVAL

5. Para comprender el nacimiento y la evolución de la comunidad jusprivatista internacional hay que apreciar el legado común de *Occidente*, una cultura nacida en el espacio signado por el mar Mediterráneo con bases griegas, romanas, judeocristianas y germánicas.

El grande pero accesible *mar Mediterráneo* favoreció la navegación y el comercio, promoviendo la presencia de hombres "marítimos" que progresivamente renunciaron a tener "piso" e hicieron éste de su audacia y su destreza, de hombres deseosos de ganancias que transformaban el mundo para lograrla. De cierto modo, en ese clima comenzaron las bases de lo que sería al fin el gran desarrollo económico capitalista de Occidente.

6. El primer gran aporte constitutivo de Occidente es, a nuestro parecer, el *griego* (en término más auténtico "helénico"), el de una cultura nacida de elementos dispersos que, a diferencia de los ámbitos enclaustrados de las tumbas egipcias, es representable por la apertura a aires exteriores que muestra el Partenón.[12] El arte y la cultura en general de los griegos son antropocéntricos.

La herencia helénica abarca el prometeico sentido del "pecado triunfante". El aporte griego contiene la tensión entre la armonía apolínea y la explosión dionisíaca, siempre presente en la complejidad de Occidente. El legado helénico incluye la Filosofía como permanente búsqueda de la sabiduría, al fin el saber que no se sabe. La cultura de Grecia contiene, no obstante, numerosos conflictos entre razón y mística.

---

[10] Es posible v. Lassalle, Fernando, *¿Qué es una constitución?*, trad. W. Roces, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1957. Cabe c. nuestro trabajo *Aportes de análisis económico del Derecho para la teoría trialista del mundo jurídico*, en *Investigación... Cit.,* Nº 37, pp. 21/38.

[11] Puede v. nuestro artículo *La constitución cultural, componente básico de un Estado*, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Nº 15, pp. 51 y ss.

[12] Vale no confundir el legado griego antiguo con el patrimonio griego actual, que reconoce esas raíces pero es también fruto de una trayectoria histórica posterior muy rica, que lo hace diverso del despliegue antiguo. Del mismo modo, no se ha de confundir a la antigua Roma con Italia.

Los griegos tuvieron las primeras experiencias democráticas relevantes y suele decirse, con algún acierto, que la esencia de la vida para ellos era la libertad personal, de pensamiento, palabra y acción.[13]

La herencia griega es, de manera principal, un complejo de verdad, belleza y utilidad.

Aunque los griegos participaron de la tendencia a considerar a los extranjeros "bárbaros", entendiendo como tales a quienes creían sin razón y vivían sin libertad,[14] cabe afirmar que la apertura, el arte antropocéntrico, el sentido prometeico, la tensión entre lo apolíneo y lo dionisíaco, la vocación filosófica y el sentido democrático apoyan al fin la apertura a las juridicidades extrañas del Derecho Internacional Privado. Es más: la complejidad de la organización de las ciudades griegas permitió el desarrollo de ciertos antecedentes panhelénicos de la internacionalidad.[15]

7. El legado *romano* se basa en gran medida en la diferenciación de lo privado y lo público; la relativa superficialidad romana se nutrió del sentido de la propiedad privada y de la libertad de contratación que une "por encima" lo que en lo profundo no es sólido. La herencia romana es, en parte, la construcción de un enorme ámbito administrado con eficiencia, servido mediante caminos, puentes y acueductos; también fueron relevantes las obras urbanas que viabilizaron la existencia de una gran ciudad. El edificio más representativo de Roma resultó ser el circo. Caminos y puentes son estructuras afines a la internacionalidad. El Derecho Internacional Privado, en especial en nuestros días de la globalización, se ocupa de la eficiencia en la vinculación territorial.

Las exigencias imperiales de Roma para tolerar a los otros pueblos eran reducidas: se apoyaban en el culto al emperador y el pago de tributos. Los conflictos con judíos y cristianos se debieron a la inquebrantable fe monoteísta judeocristiana. El Derecho Internacional Privado se vincula, en un marco de admisión de lo diverso, con un limitado alcance del orden público.

El legado romano se afirma principalmente en los valores utilidad y justicia.

---

[13] Durant, Will, *La vida de Grecia*, trad. Luis Tobío, 2ª. ed., Buenos Aires, Sudamericana, t. I, 1952, p. 120.
[14] *Íd.*
[15] www.entor.no, Derecho Internacional, http://www.entor.no/CH/Der/ch-de-int-000.htm 1-1-2005.

Algunos consideran al *jus gentium* como un antecedente de la internacionalidad. Si el Derecho Internacional Privado ha de ser más "privatista", el respeto a la especificidad del elemento extranjero ha de apoyarse en la justicia particular, de importante afinidad romana y desarrollada en gran medida en la modernidad, apartándose de cierto modo de la justicia general de la sociedad local. La justicia general, que se refiere al bien común, caracteriza en cambio, en definitiva, al Derecho Público y, en principio, tiende a excluir el respeto al elemento extranjero. El sentido privatista, fuerte en Occidente, contribuye a explicar que el Derecho Internacional Privado naciera en esta cultura.

8. A veces se afirma, no sin cierta sustentabilidad, que los hombres hallamos o ponemos en la divinidad nuestras más profundas aspiraciones. En el legado *judeocristiano*, la referencia monoteísta de alcance popular a un único Dios hizo más viable que la religión llegara a hacerse universal, constituyéndose en elemento común a todos los hombres y abriendo así además rumbos a una juridicidad universal.[16]

Pese a que el Antiguo Testamento es de cierto modo una obra no sólo religiosa sino también jurídica, la referencia al Dios Creador favorece, quizás de modo principal en la perspectiva voluntarista que culminaría en Juan Duns Escoto, la creencia de que el Derecho, como producto de la voluntad, no está referido a una razón o una naturaleza preexistentes. De esto se nutre la remisión a la voluntad libre de los pueblos para "crear" sus Derechos, también sin limitación por la razón o la naturaleza, y eso favorece a la diversidad del Derecho Internacional Privado.

La creencia en que Dios es persona, distinta de la "naturaleza" creada, contribuye a la admisión de las diferentes soluciones establecidas por los diversos Derechos. La omnisciencia y sobre todo la omnipotencia y la omnipresencia divinas son motores de la planetarización, y en el Derecho Internacional Privado hay un sentido de planetarización de lo jurídico. Tal vez la idealidad del aporte judeocristiano se manifieste no sólo en la imposibilidad al menos inicial de representar y de cierto modo de nombrar a Dios, sino en la supervivencia cultural más allá de la destrucción del Templo de Jerusalén. Esa idealidad puede resultar favorable a la internacionalidad, quizás también a la globalización.

No ignoramos que la cultura judía estaba en cierta medida "enclaustrada" por el Pacto de Dios con el pueblo elegido y por la sujeción a la "Ley", pero el

[16] Con la expresión "judeocristiano" nos referimos a la continuidad diversificada del judaísmo y el cristianismo, no a algunas posiciones dentro del cristianismo primitivo.

cristianismo abrió cauces a la universalidad y la diversidad cuando entendió, con San Pablo, que la revelación está dirigida a todos los seres humanos, enseñó que la Ley ha sido hecha para el hombre y no éste para la Ley y expuso que el "Reino" no es de este mundo. Aunque el sentido igualitario de la creencia en que los hombres fuimos hechos a imagen y semejanza de Dios pudo resultar en su momento atenuado por la idea de un pueblo elegido, el hecho de que todos los hombres resultaran iguales como miembros de la Iglesia a través del bautismo lo afirmó. El respeto jusprivatista internacional tiene cierto sentido también de diversidad en la igualdad.

La resistencia judía y cristiana al poder romano, que motivó muy crueles represiones, contribuyó a desarrollar el sentido occidental de la libertad de conciencia, de cierta juridicidad libre. Sin embargo, a partir de Constantino y en especial de Teodosio se volvió por largo tiempo al autoritarismo espiritual con sentido imperial.

El núcleo del Nuevo Testamento está en la creencia en la Encarnación, en la Resurrección y en las Bienaventuranzas, cuyos contenidos paradójicos enseñan no sólo la felicidad de los que tienen hambre y sed de justicia, sino de los misericordiosos. El respeto a la debilidad del elemento extranjero puede nutrirse también de la misericordia.[17]

La herencia judeocristiana tuvo gran presencia en las instituciones familiares occidentales, incluso imponiendo una fuerte disciplina sexual heterógama. Al fin, brindó importantes referencias a los valores santidad y amor.

Es relevante saber si el respeto al elemento extranjero se decide por los *méritos* de la conducta de los elementos extranjeros, como parece sostenerlo más el legado individualista de referencia romana y de la modernidad, o de sus *merecimientos* por necesidad, como puede sostenerlo el legado más comunitario de la herencia judeocristiana. Si se trata de justicia, y sobre todo de utilidad, o de amor. Entendemos que ha predominado la primera perspectiva.

9. La contribución *germánica* afirmó el despliegue de la individualidad en comunidad. A veces se afirma que la relativa clausura de esta cultura cerrada en sí misma la hacía hostil a una religión universal.[18] Sin embargo, la conver-

[17] Acerca de los significados jurídicos de las Bienaventuranzas, es posible ver nuestras *Perspectivas Jurídicas*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, pp. 289 y ss.
[18] Con referencia al debate respectivo, puede v. por ej. Closs, Alois (Dr.), *La religión de los germanos*, en König, *Op. Cit.*, t. II, 1968, p. 331.

sión de los germanos al cristianismo, quizás favorecida porque no eran pueblos especialmente religiosos, resulta uno de los factores que aseguraron la continuidad del legado antiguo en la vida occidental. El aporte germánico afirma el valor solidaridad.

La presencia mayor o menor del legado germánico según las áreas y los momentos es relevante en la complejidad diferenciada de Occidente. El Norte y el Sur de Europa y sus proyecciones son más germánicos o romanos. Quizás un marco de equilibrio, con más afinidades romanas de las que se ven al clasificar mayoritariamente a las familias jurídicas, sea la cultura anglosajona.

La referencia jusprivatista internacional al domicilio tiende a ser más autonomista y romanista; la remisión a la nacionalidad se hace más comunitarista y germanista. No resulta extraño que Savigny, campeón del punto de conexión domiciliario, haya sido un romanista, ni que la cultura anglosajona, al fin muy en profundidad muy vinculada a Roma, también sostenga ese punto de conexión.[19] Savigny era un civilista. Mancini, defensor de la nacionalidad, era un político luchador por la unidad italiana.[20]

10. Pasado ya el período de la personalidad de las leyes, la complejidad de Occidente dio lugar a la formación del *Sacro Imperio Romano Germánico*, desenvuelto a partir de la Navidad del año 800 con la coronación de Carlomagno, en mucho por impulso político de la Iglesia Católica, enfrentada al mundo romano oriental, de predomino griego.[21] El Imperio perduró en los hechos hasta comienzos de la Edad Moderna, en la invocación hasta que Napoleón, el emperador burgués, impidió su uso por la dinastía Habsburgo.

La denominación compleja de la nueva estructura política, desarrollada en un escalonamiento feudal, es una expresión de la riqueza de la composición de la cultura occidental. Cuando el Sacro Imperio Romano Germánico se debilitó y la

[19] Es posible ver Jhering, Rodolfo von, *Savigny*, en *Tres vidas ilustres*, trad. Norberto Gorostiaga, Buenos Aires, Depalma, 1945, pp. 83 y ss.; Laquis, Manuel A., *Savigny*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969.

[20] En cuanto a la concepción política de la nacionalidad en Mancini, puede v. por ej. Presidenza della Repubblica, 3-11-2003, Intervento del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi in occasione della cerimonia di consegna dei Diplomi di 1^ classe con medaglia d'oro per il 2002 ai Benemeriti della Scuola, della Cultura e dell'Arte, http://www.quirinale.it/Discorsi/Discorso.asp?id=23449, 6-1-2005; PolyArchy, Pasquale Stanislao Mancini, Lo stato giustifica l'inizio delle avventure coloniali (1885), http://www.polyarchy.org/basta/documenti/mancini.1885.html 4-1-2005.

[21] Cabe c. por ej. Johnson, Paul, *Historia del Cristianismo*, trad. Aníbal Leal y Fernando Mateo, Barcelona, B/Vergara, 2004, pp. 171 y ss.

cultura se hizo más compleja que lo que él expresaba, quedaron las bases para la internacionalidad.

Alrededor de los primeros tiempos del siglo XIII, en relativa correlación con el despertar general de la vida occidental y los avances capitalistas, concretados en gran medida en los burgos, en diversos lugares comenzó a formarse la *comunidad iusprivatista interregional*. Según la interpretación dominante, la glosa de Acursio de 1228, "invierte" el territorialismo de la Constitución Cunctos Populos,[22] afirmando que en Módena hay que aplicar a un caso vinculado con Bolonia Derecho boloñés. La obra de Acursio es tomada habitualmente como comienzo de la *"interregionalidad privada"* medieval.[23] Entonces comenzaron, dentro del Imperio, la "extraterritorialidad" del Derecho, el empleo del método indirecto y el respeto a los elementos extraños, que se nutría del llamado "cosmopolitismo" jurídico.[24] La escuela medieval italiana promovió además la aplicación del Derecho al que el juez presta servicios para los procedimientos y la ley del lugar de celebración para los aspectos de forma.

Aunque se rechazaran estatutos odiosos, en general no era necesario el recurso al orden público porque la homogeneidad de las bases del Imperio era suficiente. Los derechos *particulares*, estatutos, fueros y costumbres, se desenvolvían sobre bases *comunes* de Derecho Romano (reforzadas por la

---

[22] Glosa al primer título del primer libro del Codex (3ª. parte del Corpus Juris de Justiniano; constitución de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio).
Es posible c. Reti Medievali, *Didattica, Antología delle fonti altomedievali,* http://www.storia.unive.it/_RM/didattica/anto_ame/cap_I/I_1_or.htm 1-1-2005; también Enciclopedia Católica, Primer Concilio de Nicea, http://www.enciclopediacatolica.com/c/concinicea.htm 1-1-2005; El Concilio de Nicea, http://www.cristianismo-primitivo.org/siglo_IV/Nicea.htm 1-1-2005; Giovanni Chiodi, Materiali di Storia del Diritto Medievale, Edicto de Tesalónica (Teodosio I: 28 de febrero de 380), C. Th. 16.1.2 = C. 1.1.1 pr., *de summa Trinitate et de fide catholica* (Graziano Valentiniano e Teodosio I, a. 380) "Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit temperamentum, in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostolum tradidisse Romanis... quamque pontificem Damasum sequi claret et Petrum Alexandriae episcopum... hoc est ut secundum apostolicam disciplinam evangelicamque doctrinam patris et filii et spiritus sancti unam deitatem sub pari maiestate et sub pia trinitate credamus." (Tutti i popoli, che regge la moderazione della nostra clemenza, vogliamo che professino la religione che il divino apostolo Pietro ha trasmesso ai Romani... e che segue il pontefice Damaso e Pietro vescovo di Alessandria... affinché crediamo, secondo la disciplina apostolica e la dottrina evangelica, all'unica divinità del padre, del figlio e dello spirito santo, congiunti in eguale maestà e in pia trinità.) (http://www.unimib.it/giurisprudenza/dgine/Cattedre/Storia_del_diritto_italiano/materiale%202002.rtf 1-1-2005); Rerum Iuris Canonici atque Ecclesiastici Fontes, http://webpages.ull.es/users/mbarral/fontes.html 1-1-1005.

[23] La cercanía de Módena y Bolonia es una muestra de las dimensiones y la composición de la realidad con que fue pensada básicamente la interregionalidad medieval.

[24] Goldschmidt, *Derecho... Cit.* p. 71.

recepción del Derecho justinianeo) y de Derecho Canónico. A partir de la Edad Moderna avanzarían los Derechos particulares hasta encontrar, en mucho, su culminación en la codificación.

En su larga vida, Acursio fue coetáneo de San Francisco de Asís pero también de Santo Tomás de Aquino, dos grandes exponentes de las diversas actitudes, de rechazo y relativa asunción, que tuvo el cristianismo ante el despegue económico de la época. La glosa acursiana se produce en la infancia del Aquinate, cuya "Suma Teológica" procura integrar el mundo viejo y el despertar medieval.

En lo artístico, por entonces, se formaba el "vuelo" del estilo gótico. Los estilos románico y gótico son dos expresiones de la religiosidad medieval; el segundo, como testimonio de la creciente riqueza elevada al cielo.[25] En el gótico y en la glosa la vida medieval buscaba una proyección más elevada y en definitiva más distante.

11. A partir de la Edad Media, las áreas occidentales se diversificaron con referencia al *Canal de la Mancha*. Sobre todo por las *maneras de pensar* los problemas del mismo legado básico y el mismo sistema, en definitiva capitalista, cabe distinguir una zona más casuística, del sistema del *common law*, y otra más referida a generalidades, el llamado sistema *"continental"* romano (justinianeo) germánico.[26] El pensamiento jurídico anglosajón del *common law* posee afinidad con la referencia a la experiencia y a lo particular apoyada por *Occam*; en cambio el pensamiento "continental" se remite más a los tipos de racionalidad más generales de *Descartes* y *Leibniz*.[27]

La cultura anglosajona ha ido desenvolviendo especiales afinidades con el legado práctico y privatista romano.[28] En ella, a diferencia de la mayor referencia a la justicia que planteó Savigny, Story pensó el Derecho Internacional Privado como un instrumento utilitario: hacer justicia para que nos la hagan.

---

[25] Puede c. v. gr. Portalmundos.com, El Arte Gótico, http://www.portalmundos.com/mundoarte/historia/gotico.html 1-1-2005. En general, es posible v. Arte Gótico, http://www.historia-del-arte.net/Links-ARTE/Gotico.htm 1-1-2005.

[26] Cabe v. por ej. Cueto Rúa, Julio, *El common law*, Buenos Aires, La Ley, 1957; *Judicial Methods of Interpretation of the Law*, Louisiana State University, 1981.

[27] Es posible v. nuestro artículo *Las ideas filosóficas en conflicto... Cit*.

[28] Tal vez no sea por azar que en Inglaterra se desarrolló la conversión conductista de la validez del matrimonio, sometiéndola al Derecho del lugar de celebración. (sobre las uniones de Gretna Green pueden v. por ej. rinConcitos.com http://www.rinconcitos.com/modules/news/article.php?storyid=675 29/12/2004; Destination Scotland.com, Greetna Green, http://www.destination-scotland.com/romance/gretna.asp 29-12-2004).

3. LA COMUNIDAD IUSPRIVATISTA INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEA

12. El desenvolvimiento del capitalismo colocó a la burguesía en la necesidad de espacios más amplios que los burgos, y para lograrlos ésta se alió con los reyes que disponían de esos ámbitos. Este fue uno de los grandes motivos por los cuales, en una lucha interna contra los señores feudales inferiores y externa frente al Imperio y el Pontificado, nacieron los primeros *Estados modernos*, luego Estados nacionales. El Estado moderno fue adueñándose de gran parte de la elaboración y la aplicación del Derecho, en espacios que antes había compartido con la costumbre y las fuentes elaboradas por los propios protagonistas de los casos.

Un lugar paradigmático ocupa la formación del Estado francés, en un proceso iniciado en tiempos de Juana de Arco y completado en días de Luis XIV. Versalles, el palacio más representativo de los grandes Borbones, es expresión arquitectónica de la formación del Estado moderno. Allí los nobles terminaron convirtiéndose en cortesanos.

Los nombres de Maquiavelo, Hobbes y Bodin, sobre todo por sus aportes respectivos de referirse al "Estado", reclamar el monopolio del poder en el gobierno y remitirse a la soberanía, están ligados a la formación de los Estados modernos.

Entre la Edad Media y la Edad Moderna se produjo el *Renacimiento* del legado grecorromano, que comenzó a debilitar la herencia judeocristiana imperante en la Edad Media. Simultáneamente con el Renacimiento se desarrolló el Humanismo. El descubrimiento de América es afín al espíritu del hombre renacentista.

También por entonces se suscitaron la *Reforma* y la *Contrarreforma*, que escindieron de modo perdurable el panorama del cristianismo occidental. Las tesis de Lutero de 1517 marcan una importante diferenciación de la cultura de Occidente. El calvinismo, con su jerarquización del éxito en los negocios como prueba de la elección divina y su estructura relativamente democrática, constituyó la más grande adaptación del pensamiento cristiano a las necesidades del capitalismo.[29]

Por entonces se rompieron las unidades medievales, en lo religioso, con la fractura del cristianismo; en lo lingüístico, con el triunfo de las lenguas "modernas"; en lo institucional, con la formación de los Estados y en lo jurídico con el avance de los Derechos particulares.

---

[29] Puede v. por ej. Weber, Max. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. Luis Legaz Lacambra, 2ª ed., Barcelona, Península 1973.

13. Una vez que logró sus objetivos, la burguesía comenzó a cuestionarse la utilidad que le brindaba el Estado absolutista y lo acosó a través de la búsqueda del liberalismo y la democracia. En ese tiempo se produjeron las *revoluciones burguesas* que volvieron a dividir, en el terreno político, el panorama europeo. Las primeras revoluciones burguesas europeas fueron las de Inglaterra (1648 y 1688) y Francia (1789). Los Estados Unidos de América fundaron la primera gran república democrática estable, con la declaración de la independencia de 1776 y la constitución de 1787.

Los nombres del burgués inglés Locke, adalid de la nueva monarquía; el noble de provincia francés, Montesquieu; y el burgués marginal de Ginebra, Rousseau, están unidos a dicho acoso. Los dos primeros son campeones del liberalismo político; el segundo, defiende la democracia. En el año 1776, el escocés Adam Smith, hijo de un funcionario de aduanas, fundó las bases de la economía científica y del liberalismo económico.

En el siglo XVIII y, sobre todo, en el XIX se produjo la *revolución industrial*. La diversidad económica de Occidente se acentuó. Los regímenes capitalistas convivieron con otros precapitalistas e incluso con la búsqueda de su superación en el socialismo, que alcanzaría su primera gran realización en Rusia en 1917. En 1848 Marx y Engels publicaron el Manifiesto del Partido Comunista.[30] Sin embargo, la consistencia de las relaciones económicas, científicas, artísticas, etc., se incrementó. La máquina de vapor, cuyo desarrollo está unido a los nombres de Watt, Stephenson y Fulton, construía un nuevo mundo más fuertemente internacional. Tal vez el principal monumento de la Europa industrializada sea la Torre Eiffel.[31]

14. Simultáneamente con la formación de los Estados modernos, que diferenciaban políticamente la vida europea, se formó a partir de comienzos de la Edad Moderna la *comunidad internacional* que se sustentaba en el legado común occidental y correspondía a un relativo equilibrio del poder. Tiempo después en ella nacería la comunidad jusprivatista internacional.

La comunidad internacional se produjo cuando en parte de Europa confluyeron las condiciones de la existencia de *Estados independientes* respetuosos de la independencia de los demás y *relaciones* económicas, religiosas, científicas, artísticas, etc., entre esos Estados que requerían una compleja regula-

[30] K. Marx & F. Engels, *Manifiesto del Partido Comunista (1848),* http://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm 4-1-2005.
[31] le site officiel de la Tour Eiffel, http://www.tour-eiffel.fr/ 8-1-2005.

ción jurídica. La comunidad juspublicista internacional no fue, sin embargo, acompañada de un fenómeno análogo en el campo privatista. Por el contrario, con miras a su afirmación los Estados sostuvieron el *territorialismo* de todos los estatutos.

Los nombres del fraile español Francisco de Vitoria y el holandés protestante Hugo Grocio están relacionados con el nacimiento de la comunidad internacional. La historia ha preferido, sin embargo, asignar al holandés protestante Grocio, sistematizador del Derecho Internacional Público (como lo indica el título de su obra "Derecho de la Guerra y de la Paz") y súbdito de una gran potencia comercial, vinculada a la Reforma, la paternidad de la nueva disciplina. El nombre del noble bretón Bertrand d'Argentré está a su vez unido al territorialismo, que él invocó para defender a su región pero fue utilizado para abroquelar el territorialismo del Estado. En la defensa directa del interés real figura, en la misma época, Charles Dumoulin, a su vez precursor de la conciencia del problema de las calificaciones y de la defensa de la autonomía de las partes.

La escuela holandesa y flamenca –desarrollada en un ámbito de afirmación de la independencia política–, y su continuadora, la escuela anglosajona, subrayaron el territorialismo. En el primer grupo, Rodenburg sostuvo que la extraterritorialidad sólo se debía a una necesidad de hecho y Pablo Voet la atribuyó a la *comitas gentium* (cortesía, quizás mejor conveniencia internacional). En general, Inglaterra y los mismos Estados Unidos de América tienen tradiciones claudicantes en materia de Derecho Internacional Privado clásico, porque encuentran dificultades en comprender y respetar la diversidad internacional.

Parece que en 1688 se publicó la primera obra europea dedicada exclusivamente al Derecho Internacional Privado: *De collisione legum*, de Johan Nikolaus Hert.[32]

15. La superación del territorialismo y el nuevo avance del *extraterritorialismo*, ahora con alcance internacional, resultaron de cierto modo favorecidos por

[32] Es posible v. ref. en http://www.verwaltung.uni-mannheim.de/i3v/00068900/17274291.htm Herrman, Günter: Johan Nikolaus Hert und die deutsche Statutenlehre, 1963, en RabelsZ 29. 1965, S. 433 – 439, Rezensionen Lorenz, Egon, 6-1-2005; asimismo Cardozo Law Review, March, 1996, Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges, Under the auspices of the Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies in cooperation with The Friedrich Ebert Foundation and Goethe House New York, Law's Proceduralization: The Communicative Model, Systems, and Order, *901 De collisione discursuum: communicative rationalities in law, morality, and politics, http://cpdp.uab.es/documents/docencia/casanovas_pompeu/teubner4.rtf 6-1-2005; Monumenta Germaniae Historica, Zeitschrift: Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters (DA), Rezension in Band 51.2, S.557, http://www.mgh.de/da/rezensionen/band51.2/0003.html 6-1-2005.

el racionalismo universalista muy fuerte en Alemania, que creyó en un Derecho común más allá de las fronteras, y por la referencia a "derechos del hombre" (ciudadano o no) en declaraciones que tuvieron su más alta expresión en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional francesa de agosto de 1789. En cuanto concierne específicamente al Derecho Internacional Privado, la escuela francesa del siglo XVIII (Froland, Boullenois, Bouhier) fue en general liberal y cosmopolita.

La Ilustración rompió los límites del territorialismo, pero no era favorable a la diversidad. El jusnaturalismo no constituía, al fin, un aporte para el respeto de las diferencias positivizadas.

En 1834, en el ámbito norteamericano, se publicó la famosa obra de *Story Comentaries on the conflict of laws*, referida principalmente a la problemática interna estadounidense. En 1841 y 1843, en respectivas obras de Schäffner y de Foelix, comenzó a utilizarse de manera importante la expresión "Derecho Internacional Privado". La denominación sería a veces debatida, pero hoy tiene cierta consagración histórica.

Fue el historicista prusiano *Savigny*, afín al romanticismo, quien llevó con gran claridad a la formulación de la *comunidad jusprivatista internacional* y en gran medida produjo la segunda gran hora del Derecho Internacional Privado.

Alcanzadas ya las primeras manifestaciones de la codificación, aunque fuera sobre bases jusnaturalistas, se llegó a advertir claramente la diversidad de los Derechos positivos de los distintos países, y en ese marco el célebre jurista alemán, con cierta afinidad positivista, concibió la superación respetuosa de las diversidades a través de la aplicación del Derecho más vinculado a cada caso. Los tiempos de Savigny eran de diversidad de Derechos y Estados, incluso en el ámbito de lengua alemana, y de "competencia" económica entre las potencias occidentales. La técnica común y diversa del pujante fenómeno del ferrocarril, incluso a veces en manos de particulares y en otros casos del Estado, es una muestra de la unidad y la diversidad de la cultura de la época.[33] Se iba consolidando la *aceleración de la historia*, que resultaba correlativa de la "reducción" del espacio.

En el octavo volumen (sexto de la edición en español) del *"Sistema del Derecho Romano actual"*, publicado en 1849, Savigny sostuvo, por razones de

[33] Puede v. Todo Trenes, http://www.todotrenes.com/Historia/Historia.asp?Indice=1 9-1-2005.

igualdad ante la justicia y de interés de los pueblos y los individuos,[34] la *"comunidad de derecho entre los diferentes pueblos"*.[35] Afirmó que había "sido necesaria la extraordinaria impulsion dada a las relaciones de los pueblos en los tiempos modernos para hacer fijar y reconocer" esos principios generales[36] y sostuvo al fin que, con carácter consuetudinario, debía determinarse "para cada relación jurídica el dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esta relación".[37] Expresó que para decidir sobre una relación de derecho en el caso de colisión entre diferentes Estados independientes, debía aplicar el juez el derecho local a que perteneciese la relación de derecho litigiosa, sin distinguir si ese derecho es el de su país o el de un Estado extranjero.[38]

Como el origen de la palabra *comunidad* lo indica, la comunidad jusprivatista internacional tiene elementos comunes, pero no es un todo indiferenciado. Al pensar la comunidad internacional se comprende que, al menos hasta ahora, ésta tiene un pasado común especialmente intenso cuando se trata de la comunidad *occidental*. Creemos, sin embargo, que desde el nacimiento de la comunidad internacional uno de los grandes desafíos ha sido construirla con *alcance planetario*, subrayando los elementos comunes a toda la humanidad. De cierto modo, en la propuesta del gran maestro prusiano estaban las resonancias de la paz perpetua de Kant.[39]

El respeto al elemento extranjero, que tan bien destacaría Goldschmidt, alcanzaba particular jerarquía en la propuesta savigniana porque se había difundi-

---

[34] Savigny, F. C., *Sistema del Derecho Romano actual*, trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. VI, 1879, párrafo CCCXLVIII, p. 139
[35] *íd.,* p. 139.
[36] *íd.,* p. 140.
[37] *íd.*
[38] *íd.,* párrafo CCCXLIX, p. 142.
[39] Pueden v. Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, trad. Joaquín Abellán, 3ª. ed., Madrid, Tecnos, 1991; Información Bibliográfica, La obra de Kant, http://www.uned.es/dpto_fil/seminarios/critica/infobiblio.htm 4-1-2005; La Filosofía en el Bachillerato, Textos de Kant, Hacia la Paz Perpetua. (Artículos preliminares), http://www.webdianoia.com/moderna/kant/textos/kant_paz.htm 4-1-2005; Goldschmidt, *Derecho... Cit.*, p. 73. De acuerdo con el estilo precontemporáneo de su pensamiento, la propuesta del maestro de Königsberg se apoya en un postulado de la razón; era necesaria la conciencia histórica predecesora de Hobbes y continuadora de Savigny e incluso (salvando los conflictos) de Lassalle y Marx para comprender los caminos de su realización (en relación con el tema, puede v. logo, Revista de Retórica y Teoría de la Comunicación, Año III, Nº 5, Del cosmopolitismo a la globalización: Kant y la paz perpetua, Roberto Augusto Migues, http://www.asociacion-logo.org/downloads/05-RobertoAMiguez.pdf 4-1-2005).

do, al menos en el marco occidental, el respeto al *ser humano* en carácter de tal. A partir de la Edad Moderna el hombre dejó de valer sólo como súbdito del Estado o como fiel de la Iglesia, comenzó a valer como ser humano. Es más, sólo quien se respetara a sí mismo en su calidad de ser humano podría respetar profundamente a sus semejantes. Con las posteriores resonancias nietzscheanas podría afirmarse que sólo quien se amara a sí mismo podría amar a los demás.

16. La complejidad de los casos jusprivatistas internacionales llevó a Savigny a trasponer el *método analítico* del Derecho Privado al Derecho Internacional Privado, empleando así la muy rica disponibilidad conceptual jusprivatista para superar el análisis autárquico que se había pretendido hasta entonces (Savigny abrió camino a las categorías privatistas de capacidad, forma, validez intrínseca, efectos, matrimonio, patria potestad, contrato, etc.).

El aporte savigniano en tal sentido fue denominado "método analítico analógico"; también puede ser considerado un recurso al "método analítico privatista" general. A raíz del análisis surgía la necesidad del *método "sintético judicial"* o de adaptación, que comenzaría a configurarse a fines del siglo XIX.

La preservación de las particularidades de los Estados condujo a Savigny a señalar la reserva que luego Mancini denominaría de *"orden público"*.[40] Savigny fue un gran campeón de la corriente universalista. La escuela italiana comenzada en el siglo XIX, en la que cabe traer a colación el nombre de Mancini y sobre todo corresponde citar el positivismo de Anzilotti e incluso, al fin, referir a Ago contribuyó, en cambio, a que a partir de la última década del siglo XIX hubiera una importante inclinación a la particularidad del Derecho Internacional Privado de cada país.

17. Como hemos señalado, el civilista Savigny defendió el punto de conexión *domicilio*, que se vincula más con la vida privada de las personas; el político Mancini sostuvo el punto de conexión *nacionalidad*, más referido a la estructura política de los países.

La experiencia casuística motivó un gran desenvolvimiento en la comprensión de los *problemas generales* del Derecho Internacional Privado de conflicto de leyes, que resultaría el Derecho Internacional Privado "clásico".

[40] Savigny, *Op. Cit.*, párrafo CCCXLIX, pp. 142 y ss.

Cada uno de esos problemas fue mostrando un diverso tipo de sostenimiento y desenvolvimiento de la internacionalidad y la interculturalidad. El orden público, descubierto en 1849, resguarda la individualidad de cada Derecho.[41] La cuestión del fraude a la ley, reconocida en 1878, protege la estructura internacional de la manipulación por los interesados.[42] La tradición francesa tenía experiencia en el tema desde el siglo XVIII, por los pequeños espacios jurídicos en que estaba dividida la juridicidad gala anterior a la codificación. El problema del reenvío, advertido también en 1878, profundiza el respeto hasta las consecuencias remotas queridas por el Derecho en principio vinculado el elemento respetado.[43] La cuestión de las calificaciones, tematizada en 1891 por Kahn y en 1897 por Bartin, ilumina los distintos alcances conceptuales de las normas en conflicto.[44] El problema de la cuestión previa, indicado en 1931, pone en juego el encadenamiento "propio" de los problemas en tensión con la internacionalidad.[45] Varios de los problemas generales (fraude, reenvío, cuestión previa, e incluso la segunda formulación de las calificaciones) fueron descubiertos en relación con la jurisprudencia francesa (respectivamente casos de la condesa de Caraman-Chimay,[46] Forgo,[47] Ponnoucannamalle c. Nadi-

[41] Acerca del orden público puede v. Francescakis, Ph., en *Répertoire... Cit.*, t. II, pp. 408 y ss; Lagarde, Paul, en *Répertoire... Cit.,* actualización, 1998; Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *Meditaciones trialistas sobre el orden público*, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1977-II, pp. 711 y ss.; elDial.com, Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, *El Orden Público Internacional: Una nueva mirada desde el derecho internacional Privado contemporáneo*, Sara Lidia Feldstein de Cárdenas, http://www.eldial.com/suplementos/privado/doctrina/ip040924-f.asp 8-1-2005.

[42] V. Francescakis, Ph., *Fraude à la loi*, en *Répertoire... Cit.,* t. II, 1969, pp. 54 y ss.; Audit, Bernard, *La fraude à la loi*, París, Dalloz, 1974; *Vareilles-Sommieres*, Pascal de, "Fraude à la loi", en "Répertoire ..." *Cit.,* actualización.

[43] Acerca del reenvío pueden v. por ej. Soto, Alfredo M., *Derecho Internacional Privado - La importación del derecho extranjero,* Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina - Universidad del Salvador, 2001; Francescakis, Ph., *Renvoi*, en *Répertoire... Cit.,* t. II, pp. 751 y ss.; *La théorie du renvoi*, París, Sirey, 1958.

[44] Respecto de las calificaciones es posible c. Francescakis, Ph., *Qualifications*, en *Répertoire... Cit.,* t. II, pp. 703 y ss.; Rigaux, François, *La Théorie des Qualifications en droit international privé*, París, L.G.D.J., 1956; Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *Dos estudios tridimensionalistas*, Rosario, 1967, pp. 35 y ss.

[45] En cuanto al problema de la cuestión previa puede v. por ej. Lagarde, Paul, *Question préalable*, en *Répertoire... Cit.,* actualización, 1998.

[46] Acerca de la vida y las vinculaciones de la condesa, es posible v. por ej. http://www.napoleonseries.org/genealogy/77661.htm 5-1-2005;
Compact Disc 60'10, Les Princes de Chimay et la Musique, Une famille de mélomanes au coeur de l'histoire, http://www.chateaudechimay.com/CD_descript.htm 5-1-2005; Riquet de Caraman-Chimay, http://pages.prodigy.net/ptheroff/gotha/caraman.htm 5-1-2005.

[47] Los fallos del caso Forgo pueden v. en http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/urteile/forgo.htm 5-1-2005.

moutoupoulle y Anton c. Bartholo –este último llamado caso de la "viuda maltesa"–). Suele destacarse que en los casos Caraman-Chimay, Forgo y Ponnoucannamalle los jueces franceses optaron por el Derecho francés.[48]

En 1935 Werner Goldschmidt sistematizó esos problemas, descubiertos en relación directa con la urgencia histórica de la comunidad internacional, según la estructura de la norma, dando origen a la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado. En el mismo marco tematizó la calidad del Derecho extranjero, diferenciándola del tratamiento procesal del Derecho extranjero.[49]

Sin perjuicio del incremento actual del reconocimiento de la importancia de la tarea judicial y de la doctrina, cabe destacar que el Derecho Internacional Privado clásico fue, en gran medida, obra de los *jueces* y de los *científicos*.

Según ya hemos señalado, en 1976 proyectamos la experiencia de los contactos de leyes del Derecho Internacional Privado a los contactos de respuestas jurídicas en general (no sólo en el espacio). Luego la referimos a los contactos de respuestas vitales.

La tarea doctrinaria de este período está signada por la obra del *Institut de Droit International*, fundado en 1873, luego de la guerra francoprusiana[50] y de la *Académie de Droit International* de La Haya, fundada en 1914, cuyas actividades comenzaron en 1923.[51]

18. Durante largos años, el *objeto* de la ciencia del Derecho Internacional Privado fue debatido principalmente por cuatro corrientes: la tripartita, predominante en el marco latino, que incluye la nacionalidad, el Derecho de extranjería y el

[48] Los sitios en que se constituyen los casos Caraman-Chimay, Forgo, Anton c. Bartholo y Ponnoucannamalle c. Nadimoutoupoulle plantean una diversidad territorial creciente, muy diversa de la interregionalidad maltesa-boloñesa.

[49] Es posible v. Goldschmidt, Werner, "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", Barcelona, Bosch, 1935.

[50] I. D. I., http://www.idi-iil.org/ 7-1-2005.

[51] Hague Academy, http://www.hagueacademy.nl/ 7-1-2005.
Así como el Instituto nació ante la vocación de superar la guerra francoprusiana, en el terreno del Derecho positivo, como consecuencia de la comprensión común de la necesidad de la paz, se fundaron principalmente, en 1919, la *Sociedad de las Naciones*, referidas a la búsqueda de la paz y la seguridad, la justicia y el honor (Historiasiglo20.org, Historia de las Relaciones Internacionales durante el siglo XX, Pacto de la Sociedad de Naciones, http://www.historiasiglo20.org/TEXT/pactosdn.htm 7-1-2005) y, en 1945, la *Organización de las Naciones Unidas*, cuya finalidad ampliada se refiere también a los derechos humanos, gravemente afectados en la contienda que finalizaba (Bienvenidos a las Naciones Unidas, http://www.un.org/spanish/ 7-1-2005).

conflicto de leyes; la bipartita procesal, anglosajona, que incorpora el juez competente y la ley aplicable; la bipartita material, que incluye el conflicto de leyes y el Derecho Privado unificado, y la unitaria germánica, que lo ciñe al conflicto de leyes. Como la nacionalidad no es punto de conexión relevante en nuestro medio y sostenemos la igualdad básica de nacionales y extranjeros, y dado que se consideraba que el Derecho Privado unificado eliminaba el conflicto de leyes, con criterio relativamente abstracto, imperó en nuestro medio la posición unitaria dominante en el marco germánico.

En el período de transición desde la internacionalidad clásica a la actualidad se desarrolló, principalmente a través de la elaboración de Phocion Francescakis, una versión relativamente nacionalista que afirmaba las concepciones y los intereses jurídicos locales agrupándolos en las *"leyes de aplicación inmediata"* que reunían el orden público a priori y las leyes de policía.[52]

19. A partir de la Edad Media y sobre todo de la Edad Moderna una diversificación de contenidos, tal vez desde nuestro punto de vista más relevante que la distinción del Derecho continental y el *common law*, comenzaba a producirse, la que se diferencia por el recorrido de los *Pirineos*.

Esa diversidad constituyó a los reinos españoles, al fin a "las Españas", como tierras de limitado predominio germano visigodo; en profundidad unidas a la guerra de la llamada Reconquista; signadas por el predominio de una ocupación del suelo ganadera relativamente parasitaria, reforzada por la obra de la Mesta; caracterizadas por la radicalización de la aplicación de la Contrarreforma e hipotecadas por la creencia "bullionista" de que la riqueza consiste en la posesión de metales preciosos. El propio nombre "Castilla" identifica como tierra de guerras.[53]

España quedó a la zaga de la evolución que se producía en el mundo "angloafrancesado". Resultó dividida en *dos culturas* superpuestas, una tradicional, más católica, comunitarista y paternalista, cuyo principal exponente es Felipe II, el constructor de El Escorial; y otra, relativamente "angloafrancesada", más liberal (tal vez en lo profundo reformada), individualista y abstencionista, cuyo más notorio representante es Carlos III, una cultura que tiene su monumento más significativo en el italianizante Palacio Real.[54]

---

[52] Puede v. por ej. Publicaciones Jurídicas Venezolanas, Revista 112, La Norma de Aplicación Inmediata o Necesaria, Fabiola Romero, http://www.zur2.com/fcjp/112/fabiola.htm 5-1-2005.

[53] Es posible c. v. gr. García Sanz, Ángel, *Desarrollo y crisis del Antiguo Régimen en Castilla la Vieja*, Madrid, Akal, 1986.

[54] España superó en gran medida su apartamiento histórico respecto de la Europa moderna con el ingreso en la integración europea.

Esa división pasó a Hispanoamérica.[55] El importante legado indígena, el aporte africano e incluso corrientes inmigratorias como las italianas meridionales, reforzaron y complejizaron en nuestro continente el sector hispánico tradicional. El ámbito angloafrancesado se nutre, a su vez, del aporte yanqui.

De resultas de esta diversidad histórica, por largo tiempo España e Hispanoamérica presentaron características privatistas propias, por ejemplo, en cuanto al rechazo del divorcio vincular, que se tradujeron en el Derecho Internacional Privado.

La escisión cultural no impidió, sin embargo, que se lograran realizaciones en el campo de Derecho Internacional en general[56] y en la apertura a los extranjeros, como los Tratados de Montevideo de 1888-89, surgidos del impulso de las élites angloafrancesadas de la región rioplatense. Los Tratados se elaboraron en el primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado celebrado en esa ciudad, y marcan de cierto modo el comienzo de la autonomía legislativa del Derecho Internacional Privado en el mundo. El uruguayo Gonzalo Ramírez y los argentinos Roque Sáenz Peña y Manuel Quintana, están unidos hondamente a los acuerdos de Montevideo. Sáenz Peña y Quintana fueron en sus respectivos momentos, en orden inverso, presidentes de la Argentina.[57] Aunque la aspiración de los Tratados era sudamericana, la política argentina procuraba mostrar con prudencia al país como destino generoso para la inmigración, especialmente de origen europeo. En la Primera Conferencia Interame-

[55] Pueden c. por ej. nuestros estudios *Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina*, en *Boletín del Centro de Investigaciones... Cit.,* Nº 12, pp. 29 y ss.; *Bases culturales del Derecho argentino*, en *Revista del Centro de Investigaciones... Cit.,* Nº 27, pp. 113/126.

[56] 1ª etapa, Período de conformación de las concepciones básicas, (1823/26-1889/90), Dallanegra Pedraza, Luis, Relaciones Políticas entre Estados Unidos y América Latina: *¿Predominio Monroista o Unidad Americana?,* (Buenos Aires, Edic. del Autor, 1994), http://www.geocities.com/luisdallanegra/EUA_Amla/capit_2.htm 8-1-2005.

[57] Es posible v. Ramírez Gonzalo, *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su comentario*, Buenos Aires, Lajouane, 1888; Ateneo de Montevideo, Autoridades del Ateneo de Montevideo, http://www.geocities.com/webateneo/autoridades/autoridades-ateneo.htm 4-1-2005; monografias.com, Generación del '80, su proyecto, Mirta E. Mazzotta, http://www.monografias.com/trabajos11/genedel/genedel.shtml 4-1-2005. En 1939-40 se conmemoró el cincuentenario de los Tratados con una nueva versión que, dadas las circunstancias históricas y sobre todo las discordancias regionales, no tuvo el éxito de la primera.
En el marco de la obra internacional cabe mencionar al *Código Bustamante*: Organización de los Estados Americanos, Departamento de Asuntos y Servicios Legales, http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-31.html 3-1-2005. En general, puede v. Organización de los Estados Americanos, Departamento de Asuntos y Servicios legales, El desarrollo del Derecho Internacional Privado en las Américas, Tatiana Maekelt, http://www.oas.org/juridico/spanish/tatiana_maekelt.htm 4-1-2005.

ricana, de 1889/90, Sáenz Peña, defendiendo la amistad con Europa y la proyección hacia la humanidad, se opuso rotundamente a las pretensiones de hegemonía norteamericana.[58]

4. LA INTEGRACIÓN Y LA GLOBALIZACIÓN/MARGINACIÓN DE NUESTRO TIEMPO

20. Vivimos una *nueva era*, signada por gigantescas transformaciones en ámbitos como los de las comunicaciones, la información y las posibilidades genéticas que parecen concretar los anhelos de omnisciencia, omnipotencia y omnipresencia, producen posibilidades antes casi inimaginables de prolongación de la vida humana y van poniendo en cuestión las estructuras más tradicionales, como las que se expresaban en las nociones de padre, madre e hijo. En el contacto de respuestas en el tiempo, esos conceptos inmemoriales tienden a ser "calificados" de manera antes inimaginables. Tal vez el 6 de agosto de 1945, fecha de la explosión de la primera bomba atómica en Hiroshima, pueda ser tomado como anuncio de un mundo nuevo.

En la temporalidad actual, el desarrollo de la economía y de la técnica ha impulsado el profundo cambio de la internacionalidad clásica. No sólo se han intensificado las relaciones internacionales sino que, por una parte, se han desenvuelto fenómenos de *integración*, cuyo paradigma es la Unión Europea, ya en tiempos de lograr una Constitución [59] y, por otra, se ha impulsado un proceso de *globalización/*marginación, que en el campo económico cuenta entre sus principales exponentes a la Organización Mundial del Comercio.[60]

El avión, los vuelos espaciales y los "desplazamientos virtuales" son muestras de un planeta cada vez más "accesible" para quienes participan de la globalización. El acceso a Internet, enorme pero diferenciador, es uno de los rasgos de la gran transformación.[61] Una misma lengua impera en el mundo, facilitando los

---

[58] V. Capítulo IV, Dallanegra Pedraza, Luis, Relaciones Políticas entre Estados Unidos y América Latina: ¿Predominio Monroista o Unidad Americana?, (Buenos Aires, Edic. del Autor, 1994), http://www.geocities.com/luisdallanegra/EUA_Amla/capit_4.htm 8-1-2005.

[59] Es posible v. Europa. El portal de la Unión Europea, http://europa.eu.int/index_es.htm (3-1-2005); Comisión Europea, http://europa.eu.int/comm/index_es.htm (3-1-2005); Organización Mundial del Comercio, http://www.wto.org/indexsp.htm 3-1-2005.
También puede v. International Chamber of Commerce, http://www.iccwbo.org/index.asp 9-1-2005.

[60] Puede v. elDial.com, Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, http://www.eldial.com.ar/suplementos/privado/privado.asp 3-1-2005.

[61] Es posible c. datos estadísticos del acceso a Internet por ej. en Exito Exportador, http://www.exitoexportador.com/stats.htm 9-1-2005.

mensajes pero reduciendo la capacidad para manifestarse de muchos millones de seres humanos. Los beneficios y los perjuicios tienden a hacerse globales, aunque su *distribución* es muy desigual.

21. El mundo de las finanzas vuelve a tomar gran protagonismo, contribuyendo a borrar las diferencias en el tiempo y el espacio. Cada cultura construye sus nociones de tiempo y de espacio, y el tiempo y el espacio tradicionales están en profunda crisis. La propia indefinición del nombre *"posmodernidad"* muestra la indeterminación, también espacial, del nuevo tiempo.[62] Se llega a hacer referencia a los *"no lugares"*.[63] Esto significa, notoriamente, la crisis de la internacionalidad vigente hasta hace unas décadas. El fin del llamado "mito" del sujeto consciente debilita los sentidos de respeto que alcanzó la modernidad. Hay más permisividad, pero tal vez el fundamento sea más superficial.

El elemento romano, encarnado hoy en gran medida en la cultura anglosajona, impera sobre el resto de la herencia occidental. En lo público parecería estar formándose un Estado con proyecciones mundiales en etapa hobbesiana, y en lo privado imperan el contrato, los tratados[64] y los usos comerciales,[65] en tanto la doctrina fortalece sus proyecciones planetarias.[66]

---

[62] Cabe c. nuestro artículo, *"Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en Boletín del Centro de Investigaciones... Cit.,* Nº 19, pp. 9 y ss.; también, en colaboración con Mario E. Chaumet, *Perspectivas jurídicas "dialécticas"de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad*, en *Investigación... Cit.,* Nº 21, pp. 67 y ss.

[63] Es posible v. por ej. Auge, Marc, *Los no-lugares. Espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad*, trad. M. M. Mizraji, Barcelona, Gedisa, 1993; Forum Barcelona 2004, http://www.barcelona2004.org/esp/actualidad/biblioteca/biblioteca_selecta/ficha.cfm?lnkBiblioteca=19&txtCategoria=Todas%20las%20categor%26iacute%3Bas 3-1-2005; Discriminación.org, Aeropuertos, los no lugares de la discriminación, Miguel Jurado, http://www.discriminacion.org/discriminacion/condicion_social/estudios.htm 3-1-2005.

[64] En el marco interamericano, cabe mencionar la obra de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado, Cidip (http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVI_home.htm 3-1-2005; http://www.oas.org/main/spanish/ 3-1-2005; la que se centra en Europa a través de la tarea de la Conferencia de La Haya (http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=home.splash 3-1-2005 y, en el marco mundial, la de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (http://www.uncitral.org/sp-index.htm 3-1-2005.

[65] Es posible v. *Lex Mercatoria,* http://www.lexmercatoria.org/ 3-1-2005.
Pueden v. nuestros estudios *El derecho internacional ante una posible "preconstitucionalidad" mundial*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 10, t. II, pp. 859/875; *Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)*, en *Investigación... Cit.,* Nº 26, pp. 20 y ss.

[66] Unidroit, http://www.unidroit.org/ 3-1-2005.
En relación con la adaptación de la codificación a las nuevas circunstancias, puede v. por ej. Vogel, Louis, *Recodification civile et renouvellement des sources internes*, en *Le Code Civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*; (dir.), *Le monde des Codes Civils*, en *1804-2004. Le Code Civil. Un passé. Un présent. Un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz.

Los conflictos de la economía con la democracia son relativamente frecuentes. La representatividad de los Estados, en general quizás demasiado pequeños para enfrentarse al poder económico mundial y manejados por élites globalizadas, se reduce en relación con los sectores marginales.[67] Si bien la representatividad respecto de los grupos dominados nunca ha sido muy amplia, ahora resulta a menudo menor.

La crisis de la guerra en Irak, motivada principalmente por la necesidad de asegurar la provisión de petróleo para el sistema capitalista, muestra el colapso de la estructura internacional que se había elaborado en el siglo XX. Los conflictos de Occidente con el Islam tienen una fuerza excepcional. La radicalización del conflicto exacerba las posibilidades del recurso al orden público. Es más: importantes migraciones introducen culturas diversas, a menudo el propio Islam, en el corazón del espacio occidental. En cambio, ante la globalización parecería que otras diversidades se hacen históricas.[68] La actitud de China en el porvenir es uno de las mayores interrogantes de un mundo cuyas características futuras son poco previsibles.

La vuelta a Hobbes, con proyección planetaria, pone en crisis los aportes alcanzados en afinidad con el pensamiento de Locke, Montesquieu y Rousseau, de Vitoria y de Grocio. Tal vez la referencia a los derechos humanos sea un sendero para restablecer el equilibrio.

Creemos, no obstante, que la globalización/marginación debe ser superada por la *universalización* respetuosa de las particularidades de los diferentes hombres y los distintos pueblos.[69] Los seres humanos han de ser respetados en la elaboración de los Derechos locales y éstos deben ser tenidos en cuenta en la

[67] Acerca de la pobreza es posible v. por ej. Development Gateway, http://home.developmentgateway.org/ (3-1-2005); Barrameda.com.ar, Ecología y pobreza: mirar al mundo desde abajo, Francisco Fernández Buey, http://www.barrameda.com.ar/colabora/ecoypobr.htm 3-1-2005; Institute for Research on Poverty, http://www.ssc.wisc.edu/irp/ 3-1-2005; U.S. Census Bureau, Poverty, http://www.census.gov/hhes/www/poverty.html 3-1-2005; en general http://results.searchscout.com/content/980/24591-0/content24591-0.html?b=19807&m=NzgzMjAzMzI===&t=1000120671&d=1000120671&k=Pobreza+mundo&c=24591 3-1-2005.

[68] Puede v. nuestro artículo *Una tendencia de la realidad de nuestro mundo: la conversión del Derecho Comparado en Historia del Derecho*, en *Investigación... Cit.,* Nº 20, pp. 107/108.

[69] En cuanto a la proyección planetaria general del Derecho, acentuada hoy por la globalización y la necesidad de universalización, puede v. nuestro estudio *El Derecho Universal*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

construcción universal. Esta es una de las perspectivas en que ha de asumirse la complejidad, uno de los grandes desafíos de nuestro tiempo.[70]

22. El *objeto* del Derecho Internacional Privado tradicional que, siguiendo el modelo alemán, fue en muchos países, como la Argentina, el *conflicto de leyes*, se ha ampliado, en gran medida porque el sentido práctico de la influencia anglosajona y las circunstancias que la posibilitan han jerarquizado los *conflictos de jurisdicción*, el *reconocimiento y la ejecución de pronunciamientos jurisdiccionales* y las *soluciones materiales directas*. Cabe señalar que el desempeño judicial tiene, en algunos marcos, la competencia del despliegue arbitral.[71] La actividad de los jueces tiende a superar los marcos de los Estados y a convertirlos en órganos de la vida internacional.[72] La extensión del reconocimiento de la *importancia de la tarea judicial* coincide, por ejemplo, con corrientes jusfilosóficas de hondo arraigo latinoamericano, como la egología de Carlos Cossio [73] y el trialismo de Werner Goldschmidt.[74]

La Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado marcó, en 1987, un jalón en esa ampliación del objeto jusprivatista internacional.[75] En el acomodamiento a las nuevas circunstancias parece que los Estados se reorientan a la saludable tendencia de *codificar* la materia. En tal sentido, cabe mencionar el proyecto

[70] Es posible v. por ej. Bocchi, Gianluca - Ceruti, Mauro, *La sfida della complessità*, traducciones de Gianuca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª. ed., Milán, Feltrinelli, 1997; Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura*, en *El Derecho*, t. 126, pp. 884 y ss.

[71] Cabe c. la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela en la página del Tribunal Supremo de Justicia, http://www.tsj.gov.ve/legislacion/lac.html 3-1-2005; también v. Camera Arbitrale di Parigi, http://www.arbitrage.org/Es/index_es.htm (9-1-2005).

[72] Pueden v. nuestros estudios *El juez, el proceso y el estado en la postmodernidad*, en *Investigación... Cit.,* Nº 33, pp. 19/ 23; *El papel del juez en la nueva era (Con especiales referencias al Proyecto de Código Civil argentino)*, en *Investigación... Cit.,* Nº 33, pp. 33/ 44; *El juez en el cambio histórico*, en *La Ley*, 31 de julio de 2001, 2001-D, pp. 1050 y ss. Cabe c. Red Judicial Europea en material civil y mercantil, http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/applicable_law/applicable_law_int_es.htm 3-1-2005. En cada ámbito, según condiciones que creemos no nos corresponde juzgar más que en el nuestro, se producen transformaciones de la organización judicial.

[73] Cabe recordar por ej. Cossio, Carlos, *El Derecho en el Derecho Judicial*, Buenos Aires, Kraft, 1945 (2ª. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959).

[74] Puede v. Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *Perspectivas integativistas trialistas de la Ética y la Independencia del Poder Judicial*, en *Ética e Independencia del Poder Judicial*, Sesiones de Jueces de Segunda Instancia de los Tribunales de las Provincias Argentinas del Centro, Córdoba, Argenjus, 2004, pp. 5/ 1124.

[75] Es posible v. Grupo Accursio, http://www.arrakis.es/~karras/ 3-1-2005; Dra. Lilia María del Carmen Calderón Vico de Della Savia, http://ar.geocities.com/doctoracalderon/derecho.htm 3-1-2005.

argentino elaborado por una Comisión designada por el Ministerio de Justicia, con estado parlamentario, y el Código Belga de 2004.[76]

En cuanto a la estructura de la ciencia del Derecho Internacional Privado, en 1997 iniciamos la actualización de la concepción normológica incluyendo, además de los problemas generales del conflicto de leyes, los problemas generales de la jurisdicción internacional y los problemas generales de la transposición procesal (auxilio judicial y reconocimiento y ejecución de pronunciamientos jurisdiccionales extranjeros).[77]

23. La crisis del espacio privilegia los puntos de conexión conductistas y, particularmente, la *autonomía conflictual*.[78] Incluso, gana espacio la autonomía material. La vida privada tiende a desbordar los moldes de los Estados y su división tradicional, aunque creemos que a menudo su fluir puede esconder fenómenos de dominación inaceptables. Sin desconocer la importancia de dejar que la vida corra por su propio curso, consideramos que el sujeto "libre" que "se obliga" por su conciencia es en gran medida una construcción apoyada en ideas de la conciencia religiosa y desenvuelta sobre todo en la Edad Moderna que entró en crisis a la luz de las ciencias sociales y humanas desa-

[76] Puede v. Le code du droit international privé, http://www.notaire.be/info/actes/100_code_dip.htm 3-1-2005; The Accursio Files N.001, http://www.arrakis.es/~karras/AccursioFiles001Belgique2004.PDF 3-1-2005; Circulaire relative au code du droit international privé, http://www.notaire.be/info/actes/101_code_dip_circulaire.html 3-1-2005.
Sobre la conveniencia de codificar, cabe c. v. gr.. *La reforma del Derecho Internacional Privado en la República Argentina: ¿la cenicienta se convertirá en princesa?*, Sara Lidia Feldstein de Cárdenas, http://www.alterini.org/tonline/to_sfelds.htm 8-1-2005.
Es posible v. nuestro artículo *Reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado - Ley 218 del 31/5/95*, en *Jurisprudencia Argentina*, 1995-IV, pp. 891 y ss.
En cuanto a la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, cabe c. la página del Tribunal Supremo de Justicia, http://www.tsj.gov.ve/legislacion/ldip.htm 3-1-2005; asimismo Publicaciones Jurídicas Venezolanas, Palabras pronunciadas en el Palacio de Miraflores por el doctor Gonzalo Parra-Aranguren con motivo del "ejecútese" a la Ley de Derecho Internacional Privado el seis de agosto de 1998, http://www.zur2.com/fcjp/110/gonzalo.htm 4-1-2005; Publicaciones Jurídicas Venezolanas, Revista 111, Nueva Ley venezolana de Derecho Internacional Privado, Eugenio Hernández-Bretón, http://www.zur2.com/fcjp/111/comleydp.htm 4-1-2005.
[77] *Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 5 y ss.
[78] Es posible v. por ej. *Institut de Droit International, Session of Basel, 1991,* http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1991_bal_02_en.pdf 4-1-2005. Cabe tener en cuenta nuestro artículo *La autonomía de las partes en el mundo jurídico en general y en la elección del Derecho aplicable*, en "Juris", t. 47, pp. 229 y ss.

rrolladas a partir del siglo XIX. Esa construcción enraizada en las concepciones modernas no ha de recuperarse aunque se desplieguen, a partir del presente, las explicaciones biologistas y químicas del comportamiento. Entendemos que puede discutirse la libertad a dejar a las *fuerzas vitales*, pero la libertad del sujeto no es siempre defendible sobre bases reales.

En el campo general de la cultura, el despliegue de la filosofía analítica centrada en la lógica y el lenguaje e incluso de la filosofía crítica, que a semejanza de la otra corriente no tiene al fin propuestas alternativas, resulta funcional a las necesidades del nuevo imperio.

Los grandes paradigmas artísticos del nuevo mundo, anunciado por el arte abstracto, son a nuestro parecer las Torres Gemelas de Nueva York (World Trade Center), cuya destrucción fue todo un símbolo de un conflicto total; las Torres Petronas (Kuala Lumpur City Center); el Edificio Taipei (Taipei Financial Center) y el Edificio Shangai (Shangai World Financial Trade Center) en construcción, dispersos en un mundo cada día más planetarizado.[79] En múltiples y extremos sitios del mundo "real" están los "no lugares" de los aeropuertos, los *shoppings*, etc.

En el campo de una herencia milenaria, una *internacionalidad juspublicista y jusprivatista nueva y múltiple* es parte de una nueva era todavía indefinida.

[79] *Miliarium.com, Torres Gemelas de Nueva York,* http://www.miliarium.com/Monografias/TorresGemelas/TorresGemelas.html 3-1-2005; El Pais.es, Babelia, Eric Darton, El World Trade Center tenía una historia oculta, http://www.elpais.es/suplementos/babelia/20011006/b22.html 3-1-2005; Torres Petronas, http://www.revistaarchitector.com.ar/not32.htm 3-1-2005; W, Petronas Towers, http://www.greatbuildings.com/buildings/Petronas_Towers.html 3-1-2005;); KLCCH Group of Companies, http://www.klcc.com.my/KLCCWeb/Web2003.nsf/?Open 7-1-2005; ConocimientosWeb.net, Taipei 101, http://www.conocimientosweb.net/portal/article503.html 3-1-2005; http://www.roc-taiwan.org.pa/press/20040503/2004050302.html 3-1-2005; Forma, Shangai quiere tocar el cielo, http://www.ediforma.net/pensar/shangai_cielo.html 3-1-2005; unavuelta.com, Una proyección al cielo, Verónica Platoni, http://www.unavuelta.com/Santiago/Arquitectura/Shangai_World_Financial_Center/Principal.htm 3-1-2005.

Consideraciones sobre el debido proceso sustantivo

José Manuel DELGADO-OCANDO*

I

Podemos decir, como lo hace Enrique Véscovi, que "el derecho procesal es el conjunto de las normas que establecen los institutos del proceso y regulan su desarrollo y efectos, y también la actividad jurisdiccional (*Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 1999, p. 8).

Los caracteres generales del derecho procesal son la instrumentalidad, la autonomía y la unidad. La instrumentalidad, porque el derecho procesal tiende a hacer efectiva la tutela de los derechos consagrados por el derecho sustantivo o material; dado este carácter instrumental el derecho procesal ha sido calificado de secundario e, incluso, de terciario, pues mientras el derecho material, al que podría llamarse primario, establece la obligación jurídica y la pretensión de

* **Tribunal Supremo de Justicia**, *Sala Constitucional,* Magistrado Jubilado. **La Universidad del Zulia**, Doctor en Derecho, Ex Rector. *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Ex Decano, Profesor Emérito. **Universidad de La Plata** (Argentina), **Universidad de Bonn** (Alemania), **Universidad de Colonia** (Alemania), **Universidad Libre de Bruselas** (Bélgica), **Centro Nacional de Investigaciones** (Bélgica), Estudios de Postgrado. **CONICIT**, *Mención Ciencias Sociales y Humanas*, Premio Nacional de Ciencias (1999). Autor de numerosas obras y múltiples artículos difundidos en publicaciones nacionales y extranjeras.

quien se beneficia con el deber del obligado, el derecho procesal prescribe lo que debe hacerse para hacer efectiva la obligación del deudor. (*Cf.* A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, trad. de G. Carrió, pp. 205 y 206). Las dificultades teóricas relativas a la instrumentalidad del derecho procesal no han sido, sin embargo, subsanadas. Geiger se ocupa de ellas cuando habla de la distinción derecho material/derecho formal lo que parece comprometer la autonomía del derecho procesal. (Th. Geiger, *Estudios Preliminares de Sociología del Derecho*, Granada, Comares, 2001, trad. de Arturo Camacas, Guillermo Hirata y Ricardo Orozco). Pero si se admite, como dice Ross, una dimensión procesal en el proceso material, a saber, la que se refiere a la sanción o cumplimiento, la cuestión, tal vez, se aclararía, lo que hace que el derecho procesal pueda considerarse como derecho terciario; y si se observa que Geiger obvia, por lo demás, la existencia de la norma individualizada en que consiste la sentencia, se comprende por qué Lundstedt concibe el derecho subjetivo como adjudicación judicial de la pretensión.

La instrumentalidad del derecho procesal no menoscaba, pues su autonomía, pues los institutos del proceso no se limitan a sancionar la prescripción violada, sino que estructuran el cumplimento forzoso de la pretensión atribuida, por medio de la jurisdicción, que es un modo de crear el derecho a nivel de la norma individualizada. Sin entrar aquí en el espinoso asunto de si el derecho sólo es efectivo en la jurisdicción, la administración y la negociación, es obvio que la propia norma tiende, por definición, a su cumplimiento o ejecución, lo cual trasciende la prescripción de la norma general y constituye, en definitiva, la pretensión del derechohabiente. Los casos de la acción infundada o de las llamadas "obligaciones naturales" revelan este carácter constitutivo del proceso y muestran su autonomía normativa.

La instrumentalidad del derecho procesal tampoco afecta su unidad, porque la terciaridad aludida es común a cualquiera de los medios que el derecho pone a disposición de los derechohabientes para lograr el cumplimiento o ejecución de su pretensión.

Esta unidad del derecho procesal ha sido destacada por Domingo García Belaúnde (*Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Temis, 2001) en la medida en que el derecho procesal constitucional, en cuanto jurisdicción constitucional, propende, como todo derecho terciario, a la plena vigencia de los derechos y garantías constitucionales. La referencia del derecho procesal a la rama del derecho a cuya efectividad está destinado (derecho penal, derecho del trabajo, legislación de menores, etc.) no implica una excepción a la unidad que le es propia, pues la instrumentalidad es primordialmente adjetiva y lo que caracteri-

za al derecho procesal es el establecimiento de los institutos destinados a garantizar el goce de un derecho prescrito por el derecho primario.

La unidad se hace patente, también, en el control jurisdiccional de la administración pública y, aun, en la vía administrativa misma, pues los procedimientos administrativos tienden a mantener la legalidad de la administración bajo la modalidad de la autotutela.

II

El proceso es una forma de heterocomposición para solucionar los conflictos, a través, principalmente, de la función jurisdiccional. Decimos *principalmente*, porque los medios procesales no tienen por qué ser siempre medidas judiciales o jurisdiccionales. El calificativo procesal abarca cualquier procedimiento que garantice la protección de los derechos de los ciudadanos, como ocurre con los procedimientos a que se refiere la *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Por eso, es posible calificar al derecho procesal administrativo en sentido estricto, cuando se habla de autotutela, y al derecho procesal contencioso-administrativo cuando se desenvuelve en sede judicial. (*Cf.* F.H. Picone, *Elementos de Derecho Administrativo*, Córdoba [R.A.], Ediciones Macci, 1982, p. 160; *Cf.* Véscovi, *Op. Cit.* p. 97).

Creemos, por tanto, que los conceptos de acción, jurisdicción y proceso que, como dice Véscovi, constituyen la trilogía estructural del derecho procesal, deben entenderse en el sentido instrumental ya indicado, pero en función de la terciaridad que hace del proceso un modo de efectivar el cumplimiento o ejecución de lo prescrito por las normas jurídicas primarias.

Por último, sin entrar a considerar las doctrinas relativas a la naturaleza del proceso (Teoría del contrato, Teoría del cuasicontrato, Teoría de la relación jurídica, Teoría de la situación jurídica, Teoría de la institución), podemos concluir con Couture (*Introducción al Estudio del Proceso Civil*, Buenos Aires, De Palma, 1949, p. 52) que el análisis del asunto debe procurar una interpretación sistemática destinada a concebir el proceso como un "fenómeno jurídico complejo", que no excluye las diversas perspectivas desde las que ha sido abordado. Así, por ejemplo, la teoría de la relación procesal no es inconsistente con el conjunto de situaciones que la relación jurídica determina, según la función que incumbe a los sujetos investidos de poder otorgado por la ley, con vistas a obtener, agonísticamente, la solución adecuada del conflicto (composición del litigio, satisfacción de pretensiones, etc.) [Véscovi, *Op. Cit.* p. 88; Couture, *ibídem*, p. 52].

III

Como dice Couture (*Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, De Palma, 1997, p. 99) se habla de un "debido proceso legal, como de una garantía que comprende el derecho material de la ley preestablecida y el derecho procesal del Juez competente". Esta garantía implica que nadie puede ser privado de la vida, libertad o propiedad, sin la "tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley" (*ibídem*, p. 101).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece prescripciones acerca del debido proceso en los artículos 24, 26 y 49. La no retroactividad de la ley, el acceso a la justicia y la garantía de la tutela efectiva de los derechos e intereses prescritos constitucionalmente, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, el principio de legalidad, el derecho a ser juzgado por sus jueces naturales, el principio *non bis in ídem* (la cosa juzgada como eficacia), la responsabilidad del Estado para restablecer o reformar la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados, son algunas de las bases establecidas por la Constitución de República Bolivariana de Venezuela para garantizar el "debido proceso legal" en los términos arriba indicados.

El sentido del "debido proceso legal" está, por supuesto, ligado a las características de instrumentalidad del proceso, lo que hace que, tradicionalmente, se lo considere desde un punto de vista formal o adjetivo. De acuerdo con esta perspectiva, el "debido proceso legal" ha sido concebido como la garantía formal de la ley preestablecida y del derecho procesal del juez competente. Como veremos en el próximo apartado, "debido proceso legal" equivale a "debido proceso legal formal o adjetivo", pues la instrumentalidad del proceso se limita a organizar los mecanismos necesarios para resolver los conflictos y aplicar las sanciones (Véscovi, *Op. Cit.* p. 5). Pero esto debe verse también en relación con la autonomía del proceso, la dinámica jurídica que conduce a la creación de normas individualizadas y a la corrección del procedimiento destinado a tutelar el cumplimiento de la acción incoada. Si la jurisdicción es un proceso de formación del derecho, a nivel de las decisiones de los tribunales, y si la pretensión exigida aparece como virtualidad facultativa en la norma general, la noción del debido proceso no puede ser interpretada en su significación puramente formal o adjetiva. El "debido proceso legal" se liga, de este modo, con la autonomía del derecho procesal y con la dimensión constitutiva de la acción de los jueces, por medio de la jurisdicción. Sugerimos, por tanto, que es posible hablar, como lo haremos en el apartado que sigue, de "debido proceso legal sustantivo", es decir, de debido proceso como "instrumento fundamental

para la realización de la justicia", a tenor de lo dispuesto en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

IV

John Hart Ely (*Democracia y autoconfianza. Un tema del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, trad. de Magdalena Holguín, p. 37) dice que "debido proceso sustantivo" es una contradicción en los términos, "algo así como" "verde pastel rojo" y que, análogamente, "debido proceso procedimental" es redundante. Ely sostiene que no podemos evitar el hecho de que la palabra que sigue a "debido" es "proceso"; y que no hay evidencia de que "proceso" signifique algo diferente de lo que significaba hace un siglo... y que se necesitaría más que un uso aberrante ocasional para establecer que quienes ratificaron la enmienda decimocuarta tenían una definición excéntrica de esta palabra en mente" (Ely, *ídem*).

Estas consideraciones las hace Ely porque la Corte Suprema de los EE.UU. ha "cambiado todo esto y ha sostenido que, en lo sucesivo, antes de que pueda determinarse cuál proceso es el "debido" debe de mostrarse que el [accionante] ha sido privado de un "interés de la libertad" o, quizás, de un "interés de propiedad" (Ely, *ídem*).

El análisis de Ely es muy discutible. De seguida, observamos algunas dificultades teóricas en el mismo. Primero, Ely no discute el carácter adjetivo del "debido proceso legal" y da por supuesto que el proceso tiene un carácter esencialmente formal. Como en el estudio de las características generales del derecho procesal hemos dicho que la instrumentalidad de éste no obsta para afirmar su autonomía, aparte que la nomodinámica excluye la posibilidad de concebir las normas individualizadas como aplicaciones puramente mecánicas de las normas generales, sólo diremos aquí que Ely da por válida una tesis que el derecho procesal contemporáneo no comparte. En efecto, Ely no se hace cargo del carácter eminentemente constitutivo de la sentencia y del proceso que la determina. Como dice Couture, "el derecho se revela en el proceso necesariamente. Su esencia es forzosamente constitutiva, en cuanto crea la articulación y continuidad necesaria del derecho... toda sentencia, aun aquella que sea puramente declarativa, crea un estado jurídico nuevo" (Couture, *Introducción*... pp. 69 y 70). Segunda, Ely ofrece una visión claramente ideológica del "debido proceso legal" cuando lo entiende en términos de instrumentación puesta al servicio del interés de vida, de libertad o de propiedad, sin considerar otros valores constitucionales como la justicia y el bien común. Esto es así, porque el derecho de acceso a

la justicia implica el control del mérito del interés que se alega vulnerado, a fin de determinar la legitimación del accionante para garantizar que el proceso sea debido. En otras palabras, el "debido proceso legal", como veremos ahora, no sólo es una garantía del ciudadano cuyos intereses han sido vulnerados, sino también un aseguramiento de que el "debido procesal legal" controla el acceso indiscriminado a la justicia. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela ha sostenido, por eso, que la "legitimación activa del accionante en amparo viene determinada porque en su situación jurídica existe la amenaza o la posibilidad de que se consolide un daño irreparable, proveniente de una infracción constitucional, por lo que pretende se enerve la amenaza, o se le restablezca la situación jurídica infringida" (Sentencia N° 1.234 del 13-07-2001). Asimismo, la Sala ha dicho que la "legitimación activa en una acción de amparo la tiene, en principio, quien haya sido afectado en sus derechos constitucionales, y no los que tengan un simple interés en que la misma sea procedente, salvo, cuando se trate de un *hábeas corpus*, en donde la legitimación activa deja de ser determinada por la afectación directa para ser extendida a cualquier persona que actúe en nombre del afectado, o cuando se trate de personas colectivas e intereses difusos conforme lo dispone el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y el artículo 41 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales" (Sentencia N° 1177, del 12-09-2002). El control de la legitimación del accionante y del mérito del interés lesionado, al objeto de determinar el acceso a la justicia conforme al "debido proceso legal" excede, claramente, la simple procesalidad de la garantía en sentido formal y avala la tesis de Couture, ya señalada, de que dicha garantía "comprende el derecho material de la ley prestablecida y el derecho procesal del juez competente".

Pero el problema planteado por Ely no se limita al eventual conflicto entre el acceso a la justicia y el mantenimiento del *statu quo* procesal por falta de legitimación del accionante o por indeterminación del interés vulnerado, sino a la exigencia del debido proceso sustantivo *pro actione*. Aulis Aarnio (*Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayo sobre Filosofía del Derecho*), México, Fontamara, 2000, trad. de Pablo Larrañenga, pp. 36-37) habla, en relación con este asunto, de "aceptabilidad sustancial", la cual se refiere a dos propiedades de la solución jurídica conforme al lenguaje moderno de la teoría de la argumentación, a saber: a) la solución tiene que ser acorde con las leyes (presunción de legalidad) y, b) la solución no puede ir en contra de la moralidad válida ampliamente aceptada en la sociedad (presunción de razonabilidad). La "aceptabilidad sustancial" que justifica la decisión, aparece, entonces, como resultado del debi-

do proceso sustantivo, pues la aplicación del derecho exige un tratamiento que desborda la instrumentalidad puramente formal del proceso.

Las implicaciones materiales del "debido proceso legal" han sido tratadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (ver Sentencia N° 2.807 del 14-11-02) respecto del orden público constitucional y del artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que concibe el proceso como "un instrumento fundamental para la realización de la justicia". La Sala consideró en este fallo que lo dispuesto en el artículo 257 *eiusdem* responde a la tendencia de los Estados constitucionales de derecho, a incorporar progresivamente a sus ordenamientos jurídico-positivos "los valores que marcan el contenido del derecho y que pertenecen a la ética pública de la modernidad, de carácter liberal y democrática" (Gregorio Peces-Barba, *Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho*, en la obra colectiva *Curso de Teoría General del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 331).

Por lo demás, la Sala Constitucional agregó en el fallo citado, lo que sigue:

> En tal sentido, la disposición antes citada, además de insistir en la naturaleza instrumental simple, uniforme y eficaz que debe observar todo proceso judicial llevado ante los Tribunales de la República, establece de manera clara y precisa que el fin primordial de éste, es garantizar a las partes y a todos los interesados en una determinada contención, que las decisiones que se dicten a los efectos de resolverla no sólo estén fundadas en el Derecho, en atención a lo alegado y probado en autos, sino también en criterios de justicia y razonabilidad que aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver. Tal idea, responde a la necesidad sentida desde antaño, por los más destacados maestros del derecho procesal: *"la finalidad del proceso no es solamente la búsqueda de la verdad; la finalidad es algo más, es la justicia, de la cual la determinación de la verdad es solamente una premisa (...) Este es el camino siguiendo el cual podrán ser puestos en evidencia, como ha ya comenzado a hacer, en un ensayo magistral el querido amigo uruguayo Eduardo Couture (...) los nexos estrechos que unen el derecho procesal al derecho constitucional; en aquella parte del proemio que en todas las Constituciones de los Estados libres está dedicada a garantizar el respeto de la persona humana y la libertad de los ciudadanos, el proceso tiene un importancia preeminente. Todas las libertades son vanas si no pueden ser reivindicadas y defendidas en juicio, si los jueces no son libres,*

> *cultos y humanos, si el ordenamiento del juicio no está fundado, él mismo, sobre el respeto de la persona humana, el cual en todo hombre reconoce una conciencia libre, única responsable de sí, y por esto inviolable"* (Piero Calamandrei, *Proceso y Justicia*, en *Estudios sobre el Proceso Civil*, Tomo III, Buenos Aires, EJEA, 1973, pp. 215 y 220). Desde tal perspectiva, el debido proceso, más que un conjunto de formas esenciales para el ejercicio del derecho a la defensa, tal y como se desprende de las disposiciones consagradas en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deviene, conforme al citado artículo 257, en derecho sustantivo, regulador de las actuaciones y decisiones de los órganos jurisdiccionales en su misión constitucional de otorgar tutela efectiva a toda persona que vea amenazados o desconocidos sus derechos o intereses, sean éstos individuales o colectivo.

La dimensión sustantiva del "debido proceso legal" es, conforme lo indicado *supra*, ambivalente, pues no sólo exige el control del mérito del interés tutelado y la legitimación del accionante para defenderlo, lo que podría crear un conflicto entre el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, como ya hemos indicado, sino también el rechazo del formalismo contrario al reconocimiento de la justicia invocada. El artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se hace eco de este criterio y replantea el reanálisis de la naturaleza del derecho procesal en orden a iluminar las relaciones que, en dicho derecho, se dan entre instrumentalidad técnica y autonomía científica. Una exposición adecuada de este asunto permitiría conocer, más propiamente, la naturaleza del proceso y su función constitutiva. La teoría de la interpretación y de la argumentación más recientes fundamentan la tesis de este artículo y buscan una visión sistemática de los actos creadores y aplicadores del derecho.

Los derechos de las minorías culturales

José Humberto FRÍAS*

SUMARIO:

1. **Marco conceptual para el análisis de los derechos de las minorías culturales: 1.1** *Definición de los derechos colectivos.* **1.2** *La titularidad de los derechos colectivos.* **1.3** *La justificación de los derechos colectivos de las minorías culturales:* **1.3.1** La importancia de la pertenencia cultural. **1.3.2** Alcance de los derechos de las minorías culturales. **1.4** *La relación entre los derechos individuales y colectivos en el marco de los derechos de las minorías culturales.* **1.5** *Los retos del multiculturalismo.*
2. **Los derechos de las minorías culturales en Venezuela: los derechos de los pueblos indígenas: 2.1** *Situación legal de los pueblos indígenas en Venezuela antes de la Constitución de 1999.* **2.2** *Los derechos de los pueblos indígenas consagrados en la Constitución de 1999:* **2.2.1** El reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas. **2.2.2** Autonomía indígena. **2.2.3** Derecho a las tierras indígenas. **2.2.4** Derechos culturales indígenas.

Conclusión

* **Universidad Católica Andrés Bello,** Profesor de Filosofía del Derecho.
Este trabajo está basado en la tesis presentada para optar a la Maestría en Derecho en McGill University, Montreal.

Los derechos de las minorías culturales imponen repensar la forma como entendemos el principio de igualdad ante la ley, por cuanto implican aceptar diferencias de trato entre seres humanos con base en su pertenencia a una cultura minoritaria. Tales derechos imponen a los miembros de la sociedad mayoritaria el deber de resguardar y aceptar que las instituciones públicas otorguen un trato diferenciado y a veces privilegiado a las minorías culturales, para permitirles el mantenimiento de su cultura.

En ese sentido, el derecho de familia recoge y fundamenta las prácticas e ideales morales de la sociedad. En algunos casos es reflejo de la moralidad actual de la sociedad que lo adopta y en otros más bien representa los ideales éticos de tal sociedad. Pero, en todo caso, el derecho de familia refleja y da fundamento a los criterios morales de la sociedad que lo adopta. Ahora bien, en esa sociedad pueden existir minorías culturales, como los pueblos indígenas, las cuales pueden tener costumbres ancestrales de relaciones sociales y familiares distintas y en ciertos casos contrarias a las sostenidas por la sociedad mayoritaria. Se presenta un choque entre dos sistemas de moral y relaciones familiares. Según la forma tradicional de entender el principio de igualdad ante la ley, el derecho de familia debe aplicarse a todos los ciudadanos, sin distinción de raza o condición social. Ello es un logro fundamental de la sociedad liberal, pues tal trato se considera imparcial y no discriminatorio. Sin embargo, el derecho de familia, aplicado sin distinción a todos los ciudadanos, refleja y fundamenta los patrones morales de un sector de la sociedad, normalmente mayoritario, a pesar de que pueda contradecir los patrones morales de otro sector de la sociedad.

El ejemplo anterior no implica de por sí relajar el principio de igualdad ante la ley. Pero las circunstancias de cada caso merecen por lo menos un análisis de contexto, del cual puede resultar la adopción de excepciones al principio general. En el caso del derecho de familia las circunstancias particulares de los pueblos indígenas suramericanos implican una revisión ponderada de la aplicación sin distinción de tales normas, para adecuarlas, si el caso lo amerita, a tales circunstancias. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que los pueblos indígenas se encontraban en Suramérica antes de la llegada de los españoles. Sus culturas y costumbres son anteriores a la cultura imperante en cada uno de los países modernos. Luego, su situación es distinta a la de los inmigrantes, quienes han llegado a estos países por su propia cuenta.

Para el caso del derecho de familia podría argumentarse que los inmigrantes deben aceptar tales normas y adecuarse al entorno en el cual han elegido vivir. Los pueblos indígenas, por el contrario, son anteriores a la formación de los

países modernos y sus respectivos ordenamientos jurídicos. Ello conlleva una diferencia fundamental y los hace merecedores, bajo ciertas circunstancias, de un trato diferencial por el cual, por ejemplo, tengan derecho a la utilización de sus lenguas ante los tribunales de justicia o quizás a tener la posibilidad de resolver sus controversias conforme sus costumbres y ante sus autoridades.

En la Constitución de 1999 se han garantizado, quizás por primera vez en Venezuela, ciertos derechos a las minorías culturales con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Tales derechos se basan en el valor de la cultura y constituyen normalmente derechos colectivos, lo cual requiere de su análisis como marco conceptual sobre el cual emprender el estudio de los derechos de las minorías culturales. Es importante tener presente que la colectividad como tal no posee derechos colectivos; éstos son de los miembros individuales de la colectividad. El término "colectivo" no identifica al titular del derecho en cuestión sino al interés compartido que fundamenta tal derecho.

Como se sabe, los derechos constituyen la base para la imposición de deberes a los demás. Por lo tanto, los derechos deben tener una justificación moral. La importancia de la cultura para la supervivencia de las minorías culturales constituye precisamente la base moral sobre la cual se pueden fundamentar sus derechos colectivos. Una vez alcanzado este fundamento moral, es posible abordar el tema de la justificación de la garantía de los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela, como un ejemplo de derechos de minorías culturales.

1. MARCO CONCEPTUAL PARA EL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS CULTURALES

Es preciso analizar los distintos problemas teóricos que surgen a raíz de los derechos de las minorías culturales. Dichos derechos se basan en el valor de la cultura para la vida humana y son normalmente colectivos, ya que sirven a los intereses compartidos de los miembros de una comunidad. Por este motivo, el análisis de los derechos de las minorías culturales presupone una definición de los derechos colectivos y de su titularidad. Tal definición será la base para explicar por qué las culturas minoritarias están dotadas de derechos colectivos. Para esto, se requiere una investigación, tanto del valor de la cultura para la vida humana como del punto de vista multicultural.

1.1 *DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS*

En *The Morality of Freedom*, Joseph Raz afirma que "X" tiene un derecho si, y sólo si, "X" puede tener derechos y, todo lo demás igual, uno de los aspectos

del bienestar (interés) de "X" es razón suficiente para imponer un deber a otro.[1] Esta definición de derechos tiene tres características: la capacidad para ser titular de derechos, la justificación de su existencia y el hecho de que los derechos implican deberes para otros.

Ahora bien, la característica clave en la definición anterior de derechos es la justificación de su existencia, pues sólo hay derechos cuando un aspecto del bienestar del titular tiene el peso moral suficiente para justificar la imposición de deberes a otros. En tanto la imposición de deberes implica una limitación de la libertad, ésta debe estar plenamente justificada. De esta forma, los derechos están justificados si sirven para proteger un interés del titular, siempre y cuando ese interés esté a su vez justificado moralmente. Existen muchos intereses que no están protegidos por derechos, ya que esos intereses no cuentan con razones suficientes para imponer deberes a otros. En tal sentido, el derecho a la vida se basa en el principio moral de que la vida constituye un interés lo suficientemente importante como para imponer la obligación a las personas de abstenerse de matar a sus conciudadanos. Por el contrario, en la mayoría de los países se considera que el interés de un inmigrante en elegir a sus representantes para el parlamento nacional no es lo suficientemente importante como para justificar el derecho al voto de ese inmigrante.

Por cada derecho existe un deber correlativo, pero el deber no tiene que reflejar fielmente el derecho con el cual se relaciona. Lo que justifica dichos deberes, es decir, lo que justifica tales limitaciones a la libertad de otros, es precisamente el peso del interés protegido del titular del derecho en cuestión. En la definición antes expuesta se vio que un derecho existe cuando "todo lo demás igual", existen razones para imponer deberes. Por lo tanto, las circunstancias de cada caso son cruciales para determinar los deberes específicos que serán creados por un derecho. De acuerdo con esto, los derechos son dinámicos, en el sentido de que un derecho no siempre resulta en la imposición del mismo deber. Por ejemplo, la libertad de expresión impone al gobierno abstenerse de la censura y a la vez impone a los medios de comunicación garantizar el derecho de réplica; de ahí que el mismo derecho impone distintos deberes, dependiendo de las circunstancias.

Dentro de su análisis de los derechos, Raz propone una definición de "derechos colectivos". Como se vio, un derecho existe en la medida en que el interés

[1] Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986) en 166.

de un ser humano justifica imponer un deber a otro. En el caso de derechos colectivos dicho interés debe ser el de un individuo como miembro de un grupo en un bien público. El interés particular de un miembro del grupo no es suficiente para imponer deberes a otros. En palabras de Raz:

> Un derecho colectivo existe cuando se cumplen las tres siguientes condiciones: primero, un derecho colectivo existe porque un aspecto de algún interés de los seres humanos justifica imponer un deber a otra persona. Segundo, los intereses en cuestión son intereses de individuos como miembros de un grupo en un bien público, y el derecho es un derecho a ese bien público porque sirve a sus intereses como miembros de ese grupo. Tercero, el interés individual de un miembro de ese grupo en ese bien público, por sí solo, no es suficiente para justificar la imposición de un deber a otro.[2]

Lo que distingue los derechos colectivos de los individuales son las características segunda y tercera, ya que los derechos colectivos derivan del interés de los miembros de un grupo en un bien público, y si bien el interés es de cada miembro individual, lo es en tanto que *miembro del grupo*. El interés de los individuos como miembros de un grupo no se refiere a los intereses de una colectividad como un todo ni como entidad distinta a sus miembros, sino al interés compartido de cada uno de ellos individualmente en tanto que miembros del grupo en particular.

Hay que tener presente que los intereses en cuestión son intereses en bienes públicos. Un bien es público si la distribución de sus beneficios no está sujeta al control voluntario de una persona determinada, sino que cada individuo controla, o mejor, se aprovecha de la porción de los beneficios que le corresponde.[3] De ahí que hay derechos colectivos sobre los bienes públicos, pues el interés compartido por los miembros de una comunidad en un bien público puede justificar el derecho colectivo a dicho bien. Por ejemplo, el interés de una comunidad indígena en la preservación de su legado cultural puede fundamentar el derecho colectivo a la preservación de esa cultura. En este ejemplo lo que importa es el interés compartido por los miembros de la comunidad en la preservación de su cultura. El punto clave no radica en el equilibrio entre intereses y deberes, sino en la justificación moral del interés colectivo en cuestión. Por ello la pregunta a formular en este caso es si la preservación del legado cultural de una comunidad indígena constituye un interés moralmente razonable como

[2] *Ibídem* en 208 (traducción libre).
[3] *Ibídem* en 198.

para justificar la imposición de deberes a otros. Si el interés colectivo sobre el bien público es razón moral suficiente para justificar la imposición de deberes a otros, entonces los miembros de la comunidad tienen un derecho colectivo a la protección de ese interés.

La otra característica que distingue a los derechos colectivos es que el interés de un miembro del grupo en el bien público en cuestión, individualmente considerado, no es razón suficiente para justificar la imposición de deberes a otros. Sobre esto, Denise Réaume ha argumentado que la razón por la cual no hay derechos individuales a bienes públicos es la existencia de lo que ella llama "bienes participativos".[4] Para esa autora es posible tener derechos individuales a algunos tipos de bienes públicos si éstos tienen valor para un aspecto particular del interés de una persona. Así, uno puede tener un derecho individual al aire puro (bien público), dado que dicho derecho puede ser disfrutado individualmente y satisface un interés particular de las personas como individuos y no como miembros de grupo alguno. Ocurre lo contrario con los bienes participativos, pues en ellos el disfrute es necesariamente colectivo, pues requiere de la participación conjunta de mucha gente. Los bienes participativos involucran actividades que no sólo requieren la participación de muchos para producirlos, sino que tienen valor únicamente cuando hay tal participación conjunta de muchas personas. El hecho de que la producción del bien en sí misma sea pública (sea realizada por un grupo) es parte de lo que se valora; el bien lo constituye la participación.

De acuerdo a lo anterior, los derechos colectivos se fundamentan en el interés de los individuos como miembros de un grupo en bienes públicos participativos. Cuando el interés en cuestión se centra en un bien público que puede disfrutarse individualmente, puede tenerse un derecho individual a un bien público. Como se decía antes, el aire puro (bien público) se disfruta individualmente, por ende, es posible –si se cumplen las demás condiciones– tener un derecho individual al aire puro. La definición de los derechos colectivos antes anotada asume esta diferencia, ya que indica que el interés en cuestión es de los individuos como miembros de un grupo que se interesan en un bien público

[4] Denise Réaume, *Individual, Groups, and Rights to Public Goods* (1988) 38 University of Toronto Law Journal 1. Réaume rechaza el término "derechos colectivos" usado por Raz, pues en su criterio, no es apropiado para asegurar bienes participativos, porque cuando la colectividad en cuestión constituye la sociedad entera, no hay necesidad de reclamar el supuesto derecho, y prefiere utilizar el concepto de "derechos grupales", definidos como los reclamados por un grupo que constituye sólo parte de la sociedad. Se admite así la posibilidad de derechos grupales sobre los bienes participativos, como el derecho a educación en un idioma distinto al de la mayoría.

que sirve a sus intereses *como miembros* de un grupo. El aire puro es un interés de los individuos como tales y sirve sus intereses como individuos, no como miembros de un grupo. Al contrario, según veremos, los derechos de las minorías culturales sirven al interés de los individuos como miembros de la minoría y sólo pueden ser disfrutados colectivamente.

En conclusión, los derechos colectivos derivan del interés compartido de los miembros de un grupo en un bien público participativo. El derecho en cuestión existe solamente cuando dicho interés es moralmente suficiente para justificar la imposición de deberes a otros. Los derechos de las minorías culturales parecen ser, por lo general, derechos colectivos sobre bienes públicos participativos, dado que se basan en el valor intrínseco de la comunidad para sus miembros. No obstante, la cuestión de si el valor de la comunidad es suficientemente importante como para fundamentar la imposición de deberes a otros debe dejarse abierta, en espera del análisis ulterior.

1.2 *LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS COLECTIVOS*

¿Quién es el titular de los derechos colectivos? Algunos sostienen que los titulares de los derechos colectivos son los miembros de un grupo determinado, mientras que otros consideran que el titular es la colectividad en sí misma. No obstante, la respuesta depende de la forma particular como se formule la pregunta. Es distinto preguntar si las colectividades pueden ser investidas de derechos colectivos, morales o legales, que preguntar si las colectividades pueden reclamar la garantía de los derechos colectivos.

El valor de una colectividad se deriva de su aporte al bienestar de sus miembros. Los derechos, incluso los colectivos, solamente se justifican si sirven al interés de los individuos. En ese sentido, los intereses colectivos son meramente una manera de hablar, pues son una forma de referirse a los intereses individuales que surgen de la membresía en una comunidad.[5] Los derechos colectivos protegen a los individuos, y por ello éstos son los verdaderos titulares de los derechos colectivos, aun cuando puedan *ejercer* tales derechos a través de los grupos y sus representantes.

Si se argumenta que el grupo es el titular de los derechos colectivos, entonces se puede concluir que algunos de sus miembros pueden ser excluidos de los beneficios que se obtienen del derecho en cuestión, siempre que el grupo en su

[5] Raz en 208.

conjunto los obtenga. Tal razonamiento fue planteado con respecto de las minorías angloparlantes en la provincia canadiense de Quebec. En el caso *Attorney-General of Quebec* v. *Quebec Protestant School Boards*, el Gobierno de Quebec alegó que la Sección 23 del *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,[6] que establece el derecho a la educación en el idioma minoritario, pretende solamente asegurar la supervivencia del grupo minoritario de cada provincia.[7] Por lo tanto, para el Gobierno de Quebec la Sección 23 confería un derecho colectivo a la minoría angloparlante a tener escuelas en su propio idioma para asegurar la preservación a la *totalidad del grupo minoritario*, por lo cual se podría privar a ciertos miembros del grupo minoritario del beneficio en cuestión, siempre y cuando no existiera peligro para el grupo en conjunto. En otras palabras, el Gobierno de Quebec alegaba, que si la supervivencia del grupo no se veía amenazada, no existe violación del derecho a la educación en el lenguaje minoritario, en caso de que se le negara el derecho a un miembro del grupo particular. Este argumento presupone que los derechos colectivos están en manos de la comunidad y no de sus miembros y, además, que esos derechos pueden ser legítimamente negados a algunos de los miembros del grupo si no se pone en peligro su supervivencia. La Corte Suprema de Quebec, en una decisión ratificada por la Corte Suprema de Canadá, rechazó el argumento del Gobierno de Quebec:

> De hecho, el argumento de Quebec se basa en una concepción totalitaria de la sociedad que esta Corte no comparte. Los seres humanos son, para nosotros, de suma importancia y no se debe permitir que

[6] Parte I del *Constitution Act*, 1982, que conforma el Schedule B del *Canada Act*, 1982 (U.K.), 1982, c. 11. Sección 23.

[7] *Attorney-General of Quebec* vs *Quebec Protestant School Boards*, [1984] 140 D.L.R. 33 (3º). En este caso, un grupo de padres de habla inglesa demandó en Quebec al Ministro de Educación, alegando que el Ministro había negado ilícitamente la admisión de sus hijos en las escuelas de habla inglesa, lo cual para ellos era su derecho, bajo la Sección 23 del Canadian Charter. La respuesta del Ministro fue que el *Charter of the French Language* (Bill 101) limitaba el acceso a las escuelas de habla inglesa a los niños de padres residentes en Quebec con anterioridad a agosto de 1977. Para el Ministro, estos padres, de ninguna manera calificaban bajo el Bill 101. Por lo tanto, solicitaron la anulación del Bill 101 en aquellas situaciones donde hubiese conflicto con el *Canadian Charter*. Esto afectaría a los ciudadanos canadienses que emigraban a Quebec que hubiesen recibido educación en inglés fuera de Quebec pero dentro de Canadá. El argumento de Quebec fue que el Bill 101 debía interpretarse como un límite razonable al derecho a la educación en el idioma minoritario establecido en la Sección 23 del *Canadian Charter*, conforme a la Sección 1 del mismo, siempre y cuando se interpretase dicha Sección 23 como garantía de un derecho colectivo y no individual. Bajo esta interpretación de derechos colectivos, una minoría como los ingleses en Quebec, tendría el derecho a la educación en su propio idioma, pero dicho derecho sería de la comunidad, más que de cada individuo. Los padres argumentaron, al contrario, que el derecho establecido en la Sección 23, era un derecho individual.

> nada menoscabe el respeto que se les debe. Otras sociedades colocan a la colectividad por encima del individuo. Utilizan la aplanadora de Kolkhose y ven mérito solamente en el resultado colectivo, aun cuando se quede algún individuo por el camino en ese proceso.
>
> Ese concepto de sociedad nunca ha tenido arraigo aquí –aun cuando ciertas iniciativas políticas parecen a veces aproximársele peligrosamente– y esta Corte no lo va a honrar con su aprobación. Todo individuo en Canadá debe disfrutar de sus derechos plenamente cuando se encuentre en Quebec, bien sea solo y como miembro de un grupo; y si los que conforman el grupo llegaren a sumar 100 personas, la persona número cien, tiene tanto derecho a beneficiarse de todos los privilegios de los ciudadanos como las otras noventa y nueve. La restricción alegada de un derecho colectivo que privaría al miembro número cien del grupo de los derechos garantizados por el *Charter* constituye, para ese miembro número cien, una verdadera negación de sus derechos. Ese miembro no puede ser contado simplemente como una pérdida accidental en una operación colectiva: nuestro concepto de los seres humanos no admite tal teoría.[8]

Para la Corte existe un derecho a la educación en el idioma minoritario que no se le puede negar a ningún miembro del grupo minoritario. Ahora, lo que parece importante en este caso es la aseveración del Gobierno de Quebec de que los derechos colectivos admiten la posibilidad de que se les nieguen los beneficios de un derecho en particular a algunos miembros de la comunidad si el grupo no se ve amenazado, pues si la comunidad es la titular del derecho, cuando se alcanza la meta colectiva no es importante que a algunos miembros se les niegue ese derecho, siempre y cuando la comunidad reciba los beneficios como un todo. La sentencia puede interpretarse como una defensa de los derechos de aquellos miembros que son privados de los beneficios derivados del derecho en cuestión. El argumento del Gobierno de Quebec implicaba que el derecho a la educación en el idioma minoritario es un derecho colectivo que en Quebec pertenecía a la comunidad angloparlante. Ello le permitiría a la mayoría negarle a algunos niños angloparlantes el acceso a las escuelas de idioma minoritario en Quebec, siempre que la supervivencia de la comunidad quedare garantizada. La idea de que "al miembro número cien del grupo" se le privaría de su derecho como resultado de un derecho colectivo de la comunidad misma (que a su vez es la beneficiaria) parece haber desper-

[8] *Ibídem* en 64-65.

tado la indignación moral del Juez, al afirmar que su "concepto de los seres humanos no admite tal teoría".

Desde la perspectiva contraria se ha considerado que la decisión antes reseñada muestra una "flagrante hostilidad" a los derechos colectivos, la cual se basaría en una consideración histórica que iguala los derechos colectivos al totalitarismo, donde el individuo es secundario ante las metas colectivas de la comunidad.[9] La crítica se fundamenta en que las colectividades pueden ser demandantes, estar obligadas y ser beneficiarias de derechos, y que, por ese motivo, pueden ser titulares de derechos colectivos.[10] Sin embargo, la pregunta crucial aquí no es quién demanda el derecho sino de quién son los intereses que ese derecho protege. Michael McDonald afirma que es posible que un individuo reclame un derecho colectivo, pero, no obstante, hay buenas razones para sostener que los intereses de la comunidad en general son mejor protegidos a través del ejercicio de los derechos por la misma comunidad. Por ende, parece proponer que los intereses colectivos van más allá de los intereses de sus miembros y que la justificación de los derechos colectivos no se halla en el interés colectivo de los individuos en los bienes públicos, sino en los intereses de la comunidad que están por encima de los de sus miembros. De ahí que el bienestar de la comunidad sería lo que está en juego al reclamar derechos colectivos, no el bienestar de un miembro en particular, y el bienestar de la comunidad se justificaría en sí mismo y no por el bienestar de los individuos.[11]

En la acera contraria, Michael Hartney considera que el argumento esgrimido por el Gobierno de Quebec en el caso anotado, tomado como argumento moral más que como un intento de interpretar un texto legal para lograr un resultado

---

[9] Michael McDonald, *Should Communities Have Rights? Reflections on Liberal Individualism* (1991) 4 Canadian Journal of Law & Jurisprudence, 217 en 226. Ver también L.W. Sumner, *The Moral Foundations of Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1987). En su análisis, Sumner supone que el sujeto y el objeto de todo derecho son individuos particulares. No obstante, se pregunta, si hay alguna razón por la cual sólo se pueden asignar derechos a los individuos, e inmediatamente responde, que no existen barreras conceptuales para asignar derechos a las colectividades. De acuerdo con su teoría sobre los derechos, la capacidad de representación es una condición lógica para tener derechos, por lo cual, en tanto que las colectividades generalmente tienen procedimientos para llegar a decisiones colectivas y tomar acciones colectivas, califican como sujetos de derechos, siempre y cuando posean la capacidad de actuar en representación de sus miembros. Para Sumner las colectividades pueden ser los sujetos de derechos, ya que atribuir derechos solamente a los individuos para lograr metas globales, no parece ser razonable, sino que deben reconocerse tanto derechos individuales como colectivos para lograr esas metas globales.

[10] Michael McDonald, *Collective Rights and Tyranny* (1986) 56 University of Ottawa Quarterly 115 en 120.

[11] McDonald, *Should Communities Have Rights?* en 236.

legal específico, presupone que existe un interés colectivo que sobrepasa el interés de los miembros del grupo, y que pretende que el derecho en cuestión sirva al interés de la colectividad más que al interés de los individuos. Esto sería como argumentar que hay algún valor en tener aire puro más allá y por encima del hecho de que los seres humanos necesitan aire puro, y que este valor se preserva mientras exista algún rincón del globo donde aún haya aire puro, aun cuando la gente se esté muriendo en otras partes por carecer de aire puro. El término "derecho colectivo", entendido de tal forma, se utiliza no para dar mayor peso al interés que pretende proteger, sino para darle menos peso del que tendría de ser otra la definición.[12]

La idea de que el bienestar colectivo es valioso en sí mismo, independientemente del bien de sus miembros es para Hartney "contra-intuitiva", por cuanto las comunidades son importantes gracias a su aporte al bienestar de los individuos. Por ende, dado que las comunidades son importantes para el bienestar de los individuos y que los miembros de esas comunidades pueden albergar un interés moral en la preservación de su comunidad, es posible dotarlas de derechos. Pero ¿Es posible que las comunidades tengan derechos morales? Afirmar que los derechos colectivos están en poder de la colectividad nos puede distraer del hecho de que la razón de proteger las colectividades es su aporte al bienestar de los individuos.

En tal sentido, Hartney distingue dos tipos de derechos: los derechos legales, que sólo dependen de la autoridad legal que los confiere, y los derechos morales, que sólo existen cuando hay importantes razones morales para proteger ciertos bienes. No todos los bienes generan derechos morales; sólo lo pueden hacer aquellos que son centrales para el bienestar de los individuos. La diferencia entre un derecho legal y un derecho moral radica en que el primero puede proteger un interés de poca importancia, mientras que el segundo implica un bien lo suficientemente importante como para ameritar protección mediante la imposición de deberes a otros.[13]

Si la existencia de la comunidad es buena para sus miembros, y ellos, por lo tanto, tienen un interés en su preservación, entonces se puede considerar que tanto el gobierno como el resto de la sociedad tienen el deber de proteger dicha comunidad, siempre y cuando el interés en cuestión (la preservación de la comunidad)

[12] Michael Hartney, *Some Confusions Concerning Collective Rights* (1991) 4 Canadian Journal of Law & Jurisprudence 293.
[13] *Ibídem* en 303.

sea lo suficientemente importante. La comunidad misma sólo tendría derechos si tuviera intereses distintos a los de sus miembros, lo cual no es posible. Aunque el gobierno y los miembros individuales de la sociedad puedan tener ciertos deberes respecto de la preservación de la comunidad en cuestión, dichos deberes se deben a los miembros individuales de la comunidad, quienes, a su vez, son los titulares del derecho correspondiente. Aun cuando las comunidades son importantes para el bienestar de sus miembros y pueden ser investidas con derechos legales, no existen derechos morales inherentes a ellas, porque son sólo los individuos los que pueden tener derechos morales. No obstante, un derecho puede ser llamado colectivo, no porque sea inherente a un grupo sino simplemente porque el objeto al cual sirve es colectivo. El apelativo no identifica al titular sino más bien la meta a la que ese derecho sirve. Por lo tanto, "un derecho será llamado 'colectivo', no por ser inherente a un grupo sino simplemente porque su objeto, su ejercicio o el interés al cual sirve es colectivo".[14]

No existen intereses de una comunidad distintos a los de sus miembros que puedan ser protegidos a través de derechos, lo cual concuerda con el respeto a la libertad y la autonomía individual. El objetivo fundamental de una sociedad liberal es el bienestar de sus miembros, y cuando los intereses llamados colectivos sobrepasan los intereses individuales de ciertos miembros, es porque esos intereses colectivos benefician a los miembros de tal comunidad, la cual no tiene intereses propios sino solamente los de sus miembros en bienes públicos. Por lo tanto, los intereses protegidos por medio de los derechos colectivos son los intereses que tienen los miembros de la comunidad en sus bienes compartidos. No obstante, es posible que la comunidad reclame dichos derechos colectivos en nombre de sus miembros con el objeto de proteger sus intereses. La comunidad, a través de sus representantes, está a veces mejor equipada para reclamar y defender los derechos colectivos, sin desestimar el poder de sus miembros para reclamar tales derechos de forma individual, cuando así lo requieran las circunstancias. En adelante, el término derecho colectivo se utilizará en su sentido estricto, no para identificar al titular de esos derechos, sino para describir el objeto y el medio de ejercicio de tales derechos.

1.3 *LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LAS MINORÍAS CULTURALES*

Hasta aquí la discusión ha versado sobre los derechos colectivos en general. Ahora se abordará la cuestión de los derechos colectivos de las minorías cul-

[14] *Ibídem* en 311.

turales. Así, como se ha visto, se requiere una razón moral lo suficientemente importante como para imponer deberes a otros en nombre de los derechos colectivos. Las culturas minoritarias están ubicadas dentro de un grupo social mayoritario, por ello los derechos colectivos para la protección de tales minorías normalmente implican la imposición de deberes tanto al gobierno como al grupo social mayoritario. Generalmente se considera que las comunidades son importantes por su aporte a la vida y al bienestar de los individuos y que, por lo tanto, la existencia de la comunidad en sí misma constituye un bien para sus miembros. Ante esto cabe preguntarse si la supervivencia de una comunidad determinada para sus miembros es moralmente aceptable como base para la imponer deberes a otros.

1.3.1 *La importancia de la pertenencia cultural*

Las personas necesitan una cultura dentro de la cual vivir para dar sentido a su vida. Vivir en una cultura es vivir como ser humano, pues sólo dentro de una cultura es donde las elecciones sobre cómo vivir una vida buena pueden tener significado. Es dentro de una cultura que el idioma, las costumbres y los fines (cualquiera que sean) cobran significado para los seres humanos. No obstante, cabe preguntarse por qué es necesario vivir dentro de la cultura original propia. Los inmigrantes abandonan su propia cultura y adoptan la del país donde han decidido vivir. Se ha argumentado, por ejemplo, que no se necesita tener una cultura propia, pues mucha gente vive una vida cosmopolita, disfrutando de varias culturas simultáneamente que les brindan satisfacciones sin la necesidad de mantener la cultura que han heredado de sus padres. Según esta perspectiva, no es correcto decir que la gente realmente necesita vivir dentro de la cultura específica de sus ancestros, sino que necesita vivir dentro de *alguna* cultura. Por ende, las culturas minoritarias no tendrían derechos colectivos para asegurar su supervivencia sino solamente el respeto de su libertad de asociación.[15]

En el contexto de los derechos colectivos de las minorías culturales, lo que piden dichos grupos no es solamente respeto y no interferencia con su libertad de asociación, sino también asistencia y protección. El argumento que hay detrás de esas demandas, es la existencia de lazos especiales con la cultura propia, sin los cuales la persona queda a la deriva. Aunque no todos necesitan su cultura originaria, muchos reclaman el derecho de poder decidir quedarse en ella si así lo desean. El argumento contra la necesidad de la cultura original implica que la

[15] Jeremy Waldron, *Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative* (1992) 5 University of Michigan Journal of Law Reform 751 en 762.

integración en un grupo social mayoritario y una cultura dominante no sólo es posible sino, a veces, inevitable: cuando las culturas minoritarias no están protegidas existe la amenaza de su desaparición. Los miembros de una cultura minoritaria que está en riesgo de desaparición se quedan sin medios para protegerla y confrontan la necesidad de integrarse en otra cultura normalmente dominante y mayoritaria. Algunos argumentan que ciertos grupos se encontrarían en mejor situación bajo esta última opción, pues se integrarían en una cultura superior. Así, por ejemplo, la integración forzada que han sufrido los pueblos indígenas desde el descubrimiento de América, ha sido considerada por muchos, como una manera de elevarlos a una cultura superior, de salvarlos de una cultura inferior y atrasada. Ello constituye una visión etnocéntrica del mundo, según la cual el patrón por el cual se mide el valor de las culturas es dado por su comparación con la cultura de los países de Europa Occidental.

En la actualidad, esa visión etnocéntrica del mundo está cediendo el paso a una nueva visión que otorga respeto a todas las culturas y no mide su valor según patrones externos. Se considera que las personas tienen lazos especiales y necesarios con su propia cultura, y que dichos lazos ameritan respeto. Bajo este nuevo punto de vista, la gente simplemente tiene el derecho de proteger la supervivencia de su propia cultura, y los intentos de forzar su integración con la cultura supuestamente superior, se consideran moralmente erróneos, pues forzar a la gente a cambiar su cultura por otra constituye una injusticia. Por consiguiente, es posible decir que, dependiendo de las circunstancias morales particulares que rodean a cada cultura, existe el derecho de preservación de la cultura propia. Con respecto de esto, James Tully ha argumentado que la forma de asociación constitucional que no reconoce las diversas formas culturales de los ciudadanos y obliga la asimilación es, en esa medida, injusta.[16]

Ahora bien, ¿Cómo se determina el alcance de los derechos colectivos de las minorías culturales en una sociedad liberal? Will Kymlicka ha argumentado que las culturas no son valiosas por sí mismas, sino porque el acceso a la cultura societal permite que una gama de opciones de vida tengan significado para los miembros de una cultura particular.[17] Cultura societal es un término muy amplio que cubre una gama de esferas tan diversa como educación, actividades sociales y económicas, religión, recreación, entre otras, pero que a la vez se ve

[16] James Tully, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity* (Cambridge: University Press, 1995) en 6.
[17] Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1995) en 83 (en adelante *Multicultural Citizenship*).

limitada por cierto lenguaje o cierto territorio. Dicha cultura societal le da significado a la forma de vivir de sus miembros. En ese sentido, podría hablarse tanto de una cultura flamenca en Bélgica (que se caracteriza por un idioma compartido), como de una cultura belga en Bélgica (caracterizada por un territorio, instituciones políticas, actividades económicas y sociales que son compartidas por personas que hablan distintos idiomas).

Esta articulación del valor de las culturas minoritarias persigue un propósito especial: demostrar cómo una sociedad liberal puede defender los derechos de las minorías culturales sin renunciar a sus propios ideales. Así, el liberalismo se define por su adscripción a las libertades fundamentales, particularmente, a la libertad de toda persona a decidir cómo ha de conducir su propia vida. El liberalismo le permite a la gente no sólo elegir un plan de vida, sino cambiarlo cada vez que quiera. Pero las opciones disponibles para la toma de tales decisiones están enmarcadas dentro de una cultura, la cual ofrece las distintas opciones y les otorga significado. Para Kymlicka la libertad que demandan los liberales no es primariamente la libertad de ir más allá de la lengua o historia propias, sino más bien la libertad de desplazarse *dentro* de su propia cultura societal, de distanciarse de ciertos roles culturales, de escoger cuáles características de la cultura valen más la pena desarrollar y cuáles carecen de valor.[18]

Esa posición otorga el debido valor de las culturas para la vida humana y las relaciones entre cultura e individuo. Es importante poder escoger entre las distintas formas de vida o las diferentes concepciones de lo que es una vida buena; pero esas escogencias tienen lugar dentro del marco que ofrece la cultura propia de la persona. Las personas pueden dar un paso atrás y revisar y cambiar sus metas. Al hacer tal revisión no están atadas por lo que le han enseñado que constituye una vida buena. No obstante, la cultura propia brinda los horizontes necesarios contra los cuales se examina el valor de las metas de vida y sin la cual no se podría revisar el concepto de lo que constituye una vida buena[19] (ello sin olvidar que también existe la posibilidad de hacer tal examen con base en una cultura distinta o incluso prescindiendo de cualquier cultura).

Ahora bien, para sopesar el valor de la pertenencia cultural y los derechos colectivos que ésta involucra, existen ciertos valores fundamentales que en-

[18] *Ibídem* en 90-91.

[19] "Es solamente a través de una estructura cultural rica y sólida que la gente puede percatarse, de forma vívida, de las opciones que tienen disponibles, y de examinar su valor inteligentemente". Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture* (Oxford: Clarendon Press, 1989) en 165 (en adelante Liberalism; traducción libre).

marcan la identidad de los seres humanos y que no pueden ser reducidos a valores individuales, sino que son, por su propia naturaleza, valores compartidos que solamente pueden ser disfrutados colectivamente. Así, es evidente que las personas tienen compromisos con proyectos, principios, instituciones y relaciones de donde provienen muchas de sus acciones, los cuales reflejan y confieren su identidad.[20] En esa línea, es posible sostener que la dignidad de cada ser humano se preserva cuando se le otorga la posibilidad de que sus acciones concuerden con los compromisos que le confieren identidad. Por lo tanto, el propósito de los derechos es proteger la dignidad de su titular, es decir, sirven para proteger a las personas de verse forzadas a actuar de forma contraria a los compromisos que le confieren su identidad.

De ese derecho a preservar la dignidad de todo individuo, es posible derivar ciertos derechos colectivos, por cuanto la identidad de un individuo puede estar atada a la identidad de la comunidad a la cual pertenece. Por ejemplo, la identidad de un miembro de una etnia indígena en Venezuela puede estar estrechamente ligada a la existencia y preservación de las costumbres e integridad de esa etnia, es decir, los compromisos que le confieren identidad pueden derivar de su pertenencia a su comunidad. Si su comunidad no puede sostener sus tradiciones y costumbres, por causa de la amenaza de asimilación a la sociedad mayoritaria de Venezuela, su propia dignidad, es decir, la posibilidad de actuar de acuerdo con los compromisos que le confieren identidad, también se vería amenazada. Ante tal situación, los derechos colectivos juegan un papel clave en la protección de los individuos contra las amenazas a su dignidad, por medio de la protección de la comunidad a la cual pertenecen. Siempre y cuando la dignidad de un individuo requiera la existencia de su comunidad (porque es solamente dentro de esa comunidad que le es posible llevar a cabo los compromisos que le confieren identidad), los derechos colectivos que protegen a dicha comunidad adquieren validez. En este sentido, la integridad de la comunidad se ve amenazada cuando no puede mantener las tradiciones y cohesión que le permiten mantener una existencia distintiva, y por ello, comúnmente se apela a los derechos colectivos cuando las minorías culturales se ven amenazadas por una cultura dominante.

Dentro del marco de los derechos colectivos como garantía del respeto a la dignidad de los miembros de una comunidad, existe un conflicto entre lo que cuenta como respeto a las personas como ciudadanos y como miembros de una

[20] Lesley Jacobs, *Bridging the Gap Between Individual and Collective Rights With the Idea of Integrity* (1991) 4 Canadian Journal of Law & Jurisprudence 375.

cultura. Como se decía, constituye un valor ser libre para analizar y rechazar el lugar y las metas que la cultura original ha proporcionado, para mantenerse separado de los patrones establecidos que se han heredado y cambiarlos si se considera ventajoso. Igualmente, se necesita ser libre también para vivir de acuerdo con dichos valores, para pertenecer a una comunidad y cultura propias. El dilema está en cómo reconciliar el respeto para ambos tipos de libertad sin dejar que una prevalezca por encima de la otra. Tully ha definido este problema como la "conciliación de la libertad y de la pertenencia", conflicto que surge de "los choques entre la aspiración de ser libre de los modos de la cultura y lugar propios [...], y la aspiración igualmente humana de pertenecer a una cultura y lugar, de sentirse en casa en el mundo".[21]

Ese dilema se resuelve, dentro de las fronteras del liberalismo, al brindar a las personas la posibilidad de dar un paso atrás para reflexionar sobre los modos tradicionales de vida que han recibido de su cultura y permitir que cuestionen esos roles sociales. Este proceso se desarrolla dentro del marco fijado por la cultura propia de la persona, que constituye el material sobre el cual se hacen estas evaluaciones.[22] En este sentido, se respeta a las personas como ciudadanos con la libertad de evaluar y rechazar el espacio en el cual las ha colocado su cultura; pero, si decidieran quedarse y vivir acorde con dichas normas, podrán hacerlo sin interferencia y, bajo ciertas circunstancias, con la ayuda de otros.

El punto de vista expuesto admite la diversidad cultural y los derechos derivados de la misma dentro del ámbito de una sociedad liberal. Sin embargo, algunos defensores de las culturas minoritarias no aceptan que la justificación de los derechos de las minorías culturales se derive de una argumentación liberal, pues lo que pretenden es no ser juzgados conforme patrones extraños a sus propias culturas. Esta discusión se ha presentado en Canadá, donde los derechos de los pueblos indígenas no sólo han sido reconocidos y garantizados, sino que además han sido analizados con mucha profundidad por académicos, instituciones públicas y por los mismos representantes de los pueblos indígenas. En tal contexto, se ha considerado que cualquier posición filosófica que se encuentre fuera de las culturas indígenas (como lo sería el liberalismo, que representa la cultura occidental) no sirve como base de los derechos de las minorías culturales, pues lo que se pretende es precisamente cuestionar, desde una perspectiva distinta, la autoridad reclamada por dichas posiciones filosóficas extrañas. De ahí que una interpretación basada en las llamadas tradiciones autoritativas (como el liberalismo) no da cabida a las demandas de

[21] Tully en 32 (traducción libre).
[22] *Multicultural Citizenship* en 92.

reconocimiento cultural de los pueblos indígenas, pues dichas demandas se basan en el cuestionamiento de la autoridad reclamada por tales tradiciones.[23]

Las tradiciones autoritativas a las cuales se hizo referencia son externas a las minorías culturales, es decir, representan posiciones filosóficas ajenas a tales minorías. Según Tully, existen tres tradiciones autoritativas con respecto de los derechos de las minorías culturales: el liberalismo, el comunitarianismo y el nacionalismo, las cuales define como "tradiciones autoritativas de interpretación" (*authoritative traditions of interpretation*) derivadas del constitucionalismo moderno. Bajo el punto de vista de ciertos defensores de las minorías culturales, estas tradiciones autoritativas no son capaces de hacer justicia al reconocimiento cultural de las minorías, pues lo que se pretende es incluso librarse del uso del vocabulario de tales tradiciones para el establecimiento y defensa de sus derechos. Tal posición ha sido expuesta por la Corte Suprema de Canadá, la cual ha sido pionera en el tratamiento legal y establecimiento de los derechos de las minorías culturales, especialmente en lo que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas canadienses:

> No obstante, los derechos de los pueblos indígenas [*aboriginal rights*] no pueden ser definidos sobre la base de preceptos filosóficos de la ideología liberal. Aunque tengan igual importancia y significación que los derechos garantizados en el *Charter,* los derechos de los pueblos indígenas deben ser vistos de forma distinta a otros derechos garantizados por el *Charter,* porque son derechos cuyos titulares son únicamente los miembros aborígenes de la sociedad canadiense. Tales derechos surgen del hecho de que los pueblos aborígenes son **aborígenes**.[24]

Los pueblos indígenas en Canadá han buscado reconocimiento no sólo de su identidad cultural sino también de sus propias formas de interpretación. Por ejemplo, han demandado el reconocimiento de sus formas rituales de articular los derechos de propiedad de sus miembros, fuera de las formas de interpretación de tales derechos dentro de la cultura mayoritaria canadiense.[25] Los intentos de ampliar las llamadas formas tradicionales de interpretación del constitucionalismo moderno y occidental (como el liberalismo), para justificar y dar cabida a la diversidad cultural, han sido vistas con escepticismo por los representantes de los pueblos indígenas canadienses, pues ellos cuestionan

[23] Tully en 44.
[24] *R*. v. *Van Der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507 en 534 (énfasis original; traducción libre).
[25] *Delgamuukw* v. *British Columbia* [1997] 3 S.C.R. en 1010.

precisamente la legitimidad de dichas formas de interpretación. Así, han actuado políticamente fuera del contexto de las instituciones prevalecientes (forjadas dentro del marco de las formas tradicionales de interpretación), con el fin de ganar el reconocimiento de sus propias instituciones y formas de interpretación.[26] En definitiva, como lo indica Tully, "el mandato post-imperial de escuchar las voces de los demás, debe incluir no sólo oír lo que ellos dicen, sino también la manera o el lenguaje en el cual se dice, si es que se ha de abjurar el hábito imperial de imponer a otros nuestras tradiciones e instituciones, tanto en la teoría como en la práctica".[27]

En todo caso, es claro que la pertenencia cultural y la supervivencia de la cultura propia constituyen razones moralmente adecuadas para imponer deberes a otros. La defensa de la cultura propia constituye, en algunas circunstancias, base suficiente para fundamentar derechos colectivos. Aun bajo los postulados de la crítica a la versión liberal de la justificación de los derechos de las minorías culturales, debe considerarse que la pertenencia cultural merece ser protegida y que justifica la imposición de ciertos deberes, principalmente porque la misma crítica requiere del reconocimiento de la importancia de la cultura y las tradiciones para las minorías culturales. De hecho, es difícil argumentar en contra de la importancia de la pertenencia cultural para los seres humanos; basta tener presente la pérdida de horizontes y significados que sufren miembros de pueblos indígenas del Amazonas cuando se les obliga a mudarse a una ciudad (como Caracas), aun dentro del mismo país. No sólo es difícil acostumbrarse al nuevo medio, sino que sufren una pérdida absoluta de patrones para sopesar las nuevas opciones que supuestamente se les ofrecen.

En conclusión, puede afirmarse que las ideas de Kymlicka sobre el valor de la pertenencia cultural son básicamente correctas. La razón que fundamenta la protección y promoción de las culturas es su contribución al bienestar de los individuos. La cultura otorga los horizontes para la vida moral y la estructura con base en la cual se puede reflexionar acerca del lugar de las personas en la sociedad y sobre sus metas colectivas e individuales. Sin cultura las personas estarían aisladas, mientras que en la cultura están *at home in the world*, en palabras de Tully. El

[26] La Corte Suprema de Canadá ha sido receptiva también en este punto, al afirmar lo siguiente: "Los pueblos aborígenes de Canadá están justificados en su preocupación sobre los objetivos gubernamentales que pueden ser superficialmente neutrales, pero constituyen amenazas de facto a la existencia de los derechos e intereses aborígenes". *R.* v. *Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075 en 1110 (traducción libre).

[27] Tully en 57.

derecho de proteger las comunidades culturales se basa en la pertenencia cultural, la cual provee el peso moral que justifica la imposición de deberes a otros.

1.3.2 *Alcance de los derechos de las minorías culturales*

Una vez que se ha reconocido que la pertenencia cultural constituye un valor lo suficientemente importante como para servir de base a la imposición de deberes a otros, surge la interrogante sobre el alcance de los derechos de las minorías culturales. En efecto, esos derechos implican más que el respeto por la cultura particular y la no interferencia que garantizan derechos individuales como la libertad de asociación o de religión. Normalmente los derechos de las minorías culturales incluyen asistencia y protección a la cultura, es decir, requieren de actuaciones positivas por parte del Estado y la sociedad mayoritaria. Ante ello cabe preguntarse ¿Por qué derechos individuales como la libertad de asociación no protegen suficientemente a las minorías culturales? ¿Por qué las minorías culturales necesitan más que simplemente ser libres de la interferencia externa? ¿Existe alguna justificación para la discriminación que surge contra los miembros de la sociedad mayoritaria al otorgarle derechos adicionales o diferenciales a las minorías culturales?

Desde una perspectiva liberal se ha argumentado que la mejor manera de proteger a las minorías culturales es respetar la libertad de asociación de sus miembros. La libertad de asociación garantiza que existan ciertas restricciones para proteger el grupo y además garantiza el derecho de disociación. El grupo minoritario podría de esta forma defenderse contra las influencias de la sociedad mayoritaria, así como sus miembros podrían defenderse contra los abusos del grupo a través de la disociación, sin necesidad de otorgar derechos adicionales.[28]

En el mismo sentido, Jan Naverson ha señalado, que en un grupo completamente voluntario, en el cual los miembros son libres de unirse al grupo o de dejarlo, restricciones que pueden considerarse moralmente ofensivas como la discriminación sexual son legítimas y no deben ser reprimidas por otros que

[28] *Kukathas* argumenta: "Desde el punto de vista liberal, el deseo de los indios de vivir acorde con las prácticas de sus propias comunidades culturales, debe ser respetado, no porque su cultura tiene el derecho de preservarse, sino porque los individuos deben ser libres de asociarse: para formar comunidades y vivir acorde con los términos de dichas asociaciones. Una de las consecuencias inmediatas de esto es que el individuo sea libre para disociarse de tales comunidades". Chandran *Kukathas*, *Are there any Cultural Rights?*(1992) 20 Political Theory 105 en 116 (traducción libre).

están fuera del grupo, por respeto de su libertad de asociación.[29] Por ejemplo, si una iglesia admite solamente sacerdotes del género masculino, las mujeres no pueden pretender que el gobierno obligue a esa iglesia a admitirlas como sacerdotes, porque cuando se unieron al grupo conocían sus reglas y tienen la opción de dejarlo. Sería una restricción irracional de la libertad del grupo cambiar sus tradiciones como resultado de una acción gubernamental. El caso es distinto cuando se trata de una mujer negra a quien se le obliga a defender a otros miembros de su raza. En ese caso la limitación de su libertad es irracional, porque ella no decidió unirse a ese grupo ni puede dejarlo.

Las consideraciones anteriores resaltan puntos fundamentales, ya que, por una parte, debe respetarse la libertad de asociación de los miembros de grupos minoritarios y, por la otra, no existen obligaciones derivadas de la pertenencia a un grupo involuntario. Si los miembros de los grupos minoritarios en general gozan de la libertad de asociación para protegerse contra influencias externas y lograr el mantenimiento del grupo, y gozan también de la libertad para salirse del grupo y no ser obligados por éste a realizar conductas que no desean, no se requiere otorgar los derechos adicionales de ayuda y protección pública que reclaman ciertos defensores de los derechos de las minorías culturales.

Sin embargo, en el caso de las culturas minoritarias hay problemas distintos que van más allá de la libertad de asociación. En este sentido, conviene citar el ejemplo propuesto por Nathan Brett para entender la necesidad de garantizar derechos diferenciales a las culturas minoritarias. Brett parte de la hipótesis de una ley que estipule estaciones uniformes de caza aplicables tanto a los pueblos indígenas como al resto de la sociedad. El efecto de esa ley sobre cada grupo sería distinto, ya que si algún pueblo indígena depende de la caza para sobrevivir, la ley podría amenazar su existencia, mientras que para el resto de la sociedad

[29] J. Narveson *Collective Rights?* (1991) 4 Canadian Journal of Law & Jurisprudence 329. En su artículo, Narveson propone un patrón para poder distinguir entre los grupos, dependiendo de su libertad de ingresar o dejar al grupo. En este sentido, establece 3 grupos distintos: 1) grupos completamente voluntarios, a los cuales los miembros, deliberada y libremente se unen y pueden dejarlos en cualquier momento, como por ejemplo, un club social o una iglesia. En estos casos debe admitirse que a veces existen restricciones menores para poder dejar el grupo que fueron aceptadas en el momento de unirse al mismo. 2) Grupos parcialmente voluntarios, a los cuales los miembros no pueden unirse libremente, aunque pueden dejarlos más o menos libremente, o aquéllos a los cuales uno puede unirse libremente, pero no los puede dejar. Ejemplo del primer caso puede ser, la nacionalidad de la persona; y del segundo el matrimonio. 3) Grupos completamente involuntarios son aquellos en los que nacen sus miembros y no los pueden dejar, como la raza.

la ley simplemente afectaría su derecho a una actividad recreativa. Si bien la uniformidad de las estaciones de caza no parece discriminatoria, pues no diferencia entre clases de ciudadanos, es decir, respeta el principio de igualdad ante la ley, en realidad es discriminatoria porque tiene *impactos* distintos en los dos grupos a los cuales se aplicaría; la ausencia de diferenciación redundaría en una discriminación en sus efectos. Brett afirma que si ciertas medidas legislativas no establecen diferenciaciones en la categorización de los individuos, cuando ello es pertinente, pueden resultar altamente discriminatorias en su impacto.[30]

El ejemplo anterior demuestra, que una norma que no haga diferenciaciones basadas en la cultura o las particularidades de un grupo, puede resultar discriminatoria e injusta. Esto ocurre cuando no se toman en cuenta, al establecer las políticas públicas, las diferencias existentes entre los individuos derivadas de su pertenencia a una minoría cultural. Es un mito que la legislación puede ser puramente igualitaria con respecto de la cultura, porque en realidad, muchas de las decisiones políticas tomadas por la mayoría están influenciadas por su perspectiva moral. Cuando se pretende un trato igualitario mediante la aplicación de las mismas medidas sin tomar en cuenta las diferencias derivadas de las culturas minoritarias, el resultado puede ser discriminatorio contra la minoría afectada. Se hace justicia y no se discrimina cuando al legislar se tienen presentes las diferencias que surgen de la pertenencia cultural y se establecen distinciones sobre la base de tales diferencias.

Como veíamos, existe una corriente dentro del liberalismo para la cual el respeto a la libertad de asociación es suficiente para resolver los problemas que surgen de las diferencias culturales, por cuanto si los individuos tienen libertad para fundar o unirse a un grupo con el fin de buscar o proteger ciertas costumbres culturales, la pertenencia cultural está protegida. No obstante, la libertad de asociación puede no ser suficiente para proteger a las minorías culturales de las desventajas derivadas de su posición, pues existe la posibilidad de que la sociedad mayoritaria se imponga sobre la minoría en ciertos asuntos fundamentales, como el idioma oficial o la educación pública. Por ejemplo, la decisión sobre el idioma oficial constituye una decisión cultural con profundas consecuencias para las minorías, pues si bien los miembros de la mayoría no tienen problema para defender sus derechos ante los tribunales, las minorías lingüísticas pueden confrontar tal problema, si no pueden litigar con su lengua materna. Las minorías culturales son vulnerables a las decisiones tomadas por la mayoría sobre asuntos críticos para su vida social, por

[30] Nathan Brett, *Language Laws and Collective Rights* (1991) 4 Canadian Journal of Law & Jurisprudence 347.

lo cual derechos como la libertad de asociación o de religión no son suficientes para proteger su pertenencia cultural.[31]

Igual situación puede ocurrir con la educación pública. Si bien es cierto que las minorías pueden crear y sostener escuelas privadas en sus propios idiomas y con materias dirigidas a preservar su patrimonio cultural, es injusto que la cultura de la mayoría sea sustentada y mantenida por el gobierno mediante la provisión de educación costeada con fondos públicos, mientras las minorías tienen que pagar lo suyo. En este caso la desigualdad es obvia. Por ello, en la formulación de políticas públicas, es necesario tener en cuenta las diferencias culturales, pues en una sociedad democrática el gobierno puede tomar decisiones respecto a la educación pública o al idioma oficial en beneficio de la mayoría, por razones obvias de representación, sin considerar la afectación a las minorías culturales.

En una sociedad democrática los derechos de las minorías culturales deben ser capaces de defenderlas frente a las decisiones de la mayoría que las circunda y de compensar las circunstancias desiguales que afrontan dichas minorías, para evitar que la pertenencia cultural ponga en desventaja a los miembros de la minoría. La diferenciación entre los miembros de la sociedad basada en la pertenencia cultural es necesaria en ciertos casos para evitar la discriminación que existiría si la ley fuera siempre ciega ante las diferencias culturales.[32] La perte-

[31] *Multicultural Citizenship* en 108. Es importante mencionar que tanto en *Multicultural Citizenship* como en Liberalism, Kymlicka rechaza la terminología de derechos colectivos, pues en su criterio, no es de utilidad para denominar ciertas formas de derechos de diferenciación grupal. Explica que el derecho de los francoparlantes en Canadá de hablar francés en las Cortes Federales, el derecho a la educación en el idioma de la minoría y el derecho especial de caza de los pueblos indígenas, constituyen todos derechos de diferenciación grupal, y el término derecho colectivo, solamente incluye el segundo y el tercero de dichos derechos. Ver *Multicultural Citizenship* en 45 y Liberalism en 138-140.

[32] Jurgen Habermas ha señalado lo siguiente: "Una vez que tomamos en serio la relación interna entre la democracia y el estado constitucional, se ve claro que el sistema de derechos no es ciego ni ante condiciones sociales desiguales ni ante diferencias culturales. La indiferencia ante la raza de la lectura selectiva se desvanece una vez que asumimos que le otorgamos a los titulares de derechos individuales una identidad que se concibe intersubjetivamente. Las personas naturales, así como las jurídicas, se individualizan solamente mediante un proceso de socialización. Una teoría bien entendida sobre los derechos requiere de una política de reconocimiento que proteja la integridad del individuo dentro de los contextos de vida donde forma su identidad". Jurgen Habermas, *Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State*, en Amy Gutmann, ed., *Multiculturalism* (Princeton: Princeton University Press, 1994) 107 en 113 (traducción libre).

nencia cultural justifica la existencia de ciertos derechos destinados a proteger el interés colectivo en la supervivencia de la cultura minoritaria, cuyo contenido dependerá en gran medida de las circunstancias particulares de cada grupo. Por esta razón, los derechos de las minorías culturales abarcan no sólo el respeto a la libertad de asociación, sino ayudas y abstenciones especiales por parte del Estado y la sociedad mayoritaria.

1.4 *LA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN EL MARCO DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS CULTURALES*

Ciertos autores de corriente liberal son escépticos sobre la idea de los derechos colectivos, pues los asocian con la existencia de algunas limitaciones injustificadas a los derechos individuales. Existe el temor de que, cuando una comunidad demanda derechos colectivos, puede limitar la capacidad de sus miembros de rechazar o cambiar sus prácticas comunitarias. La crítica se fundamenta, esencialmente, en el peligro que representa para los miembros de minorías iliberales investir de derechos colectivos a la comunidad a la cual pertenecen, pues tales comunidades pueden restringir, al demandar sus derechos colectivos, los derechos de sus miembros.

Kymlicka ha propuesto la distinción entre las "restricciones internas" y las "protecciones externas", para tratar las críticas liberales sobre los derechos de las minorías. Así, las restricciones internas "pretenden proteger al grupo del impacto desestabilizador del *disentimiento interno*", mientras que las protecciones externas pretenden proteger al grupo contra el impacto de decisiones externas, es decir, de decisiones tomadas por personas que se encuentran fuera del grupo.[33] Desde un punto de vista liberal, las restricciones internas cuyo objeto es limitar los derechos civiles o políticos de los miembros del grupo no tienen justificación, como tampoco la tienen los derechos que puede hacer valer algún grupo para oprimir a otros grupos en nombre de su supervivencia.

Ahora bien, como se vio en la sección anterior, la razón de investir a los miembros de las minorías culturales con derechos colectivos es su vulnerabilidad ante las decisiones de la sociedad mayoritaria. Los derechos de las culturas minoritarias se basan en la necesidad de defender su cultura contra los daños que le pudieran inflingir las decisiones y acciones de otros, esto es, para proteger su cultura de la probabilidad de que la mayoría decida sobre asuntos que se refieran a la supervivencia cultural de la minoría. Por esta razón, el funda-

[33] *Multicultural Citizenship* en 35.

mento moral de los derechos colectivos de las minorías culturales sirve para justificar las protecciones externas, pero no las restricciones internas, pues lo que se pretende es proteger la minoría de las influencias externas y no restringir la libertad de sus miembros para elegir otro destino fuera del grupo.

Aun cuando hay ciertas limitaciones de la libertad que son moralmente justificadas (como pagar impuestos), limitar la disensión respecto de la cultura o costumbres heredadas no lo es. El derecho de discutir y rechazar la moral, los valores y los patrones de vida sostenidos por la sociedad particular en la cual se ha nacido, es parte integral de la dignidad personal. No obstante, es difícil establecer la línea que separa las restricciones internas y las protecciones externas y, en ciertos casos, las últimas implican algo de las primeras. Por ejemplo, una minoría dotada del derecho de libre determinación podría limitar el derecho a disentir de sus miembros, pero intervenir y obligar a dicha minoría a retirar las reglas que limitan la disensión violaría, a su vez, su derecho a la libre determinación. En este caso podría replicarse que la libre determinación fue otorgada para la protección de la cultura del grupo minoritario, por lo cual todas las medidas que se basen sobre dicho derecho deben estar acordes con su fundamento. Por ende, en tanto el derecho a disentir no amenace la supervivencia de la cultura minoritaria, su limitación no puede justificarse y sería nula.

Ahora bien, ¿qué pasa si la minoría asevera que el derecho a disentir no tiene valor moral en su cultura? ¿No es intervencionismo obligar a la minoría a respetar el derecho de sus miembros a la disensión, cuando dicho derecho carece de valor moral en su cultura? En este sentido, se ha señalado que el fundamento liberal para los derechos minoritarios propuesto por Kymlicka conduce al intervencionismo, pues afirmar que la pertenencia cultural juega un papel clave en la existencia de la libertad individual, creando así el marco necesario para evaluar y cambiar los valores personales, lo que hace es obligar a las minorías culturales a adoptar valores liberales.[34] Algunos grupos culturales, bajo esta perspectiva, no le dan ningún valor a la libertad individual ni a la autonomía. Por lo tanto, basar los derechos culturales en el valor de la autonomía individual (como fundamento de la pertenencia cultural), más que defender dichos derechos culturales, menoscaba ciertas formas de comunidad cultural, como aquellas en las cuales el principio de la autonomía individual carece de valor.

Como bien señala Kymlicka, este problema de las minorías iliberales genera ciertas preguntas: ¿Qué ocurriría si una minoría no tuviese interés en imponer-

[34] *Kukathas* en 121.

se sobre el resto de la sociedad o de privar a otros grupos de sus recursos, sino simplemente que la dejen tranquila para conducir su comunidad acorde con sus normas tradicionales no liberales? Mientras esas minorías no quieran imponer sus valores a otros, ¿no debería permitírseles organizar su sociedad como quieran, aun si eso implicase limitar la libertad de sus propios miembros? ¿No es fundamentalmente *intolerante* forzar a una minoría pacífica –que no constituye amenaza alguna para nadie que esté fuera del grupo– a reorganizar su comunidad acorde con principios liberales ajenos a su cultura?[35]

Estas preguntas van directo a la médula del problema de los derechos de las culturas minoritarias. Kymlicka responde diciendo que la mejor política ante las minorías iliberales es respetar su derecho a la auto-determinación y el principio de no interferencia. Cuando los dos grupos (la sociedad mayoritaria y la minoría) no comparten los mismos principios, lo que se requiere es un entendimiento mutuo que satisfaga sus diferencias, un *modus vivendi*. La situación sería similar a la de países iliberales: cuando en ellos se viola algún derecho civil o político, los ciudadanos de los países liberales deben "aprender a vivir con esa situación", porque no tendrían asidero moral para intervenir (salvando las situaciones de crasa y constante violación de los derechos humanos). Esta posición no contradice las opiniones sobre las restricciones internas ilegítimas, porque, desde un punto de vista liberal, esas restricciones dentro de las minorías iliberales no son justificadas. Bajo esta perspectiva los liberales no tendrían el derecho de interferir y obligar a las minorías iliberales a cambiar sus valores. No obstante, esta posición podría conllevar a no proteger los derechos civiles y políticos de ciertos ciudadanos por causa de su membresía cultural, lo cual contraría principios básicos constitucionales.

Sin embargo, existen distintos tipos de liberalismo para hacer frente a la situación de aquellos que disientan dentro de una comunidad. Conjuntamente con el modelo conocido como "liberalismo procedimental", que sostiene que una sociedad liberal es aquella que no adopta ningún punto de vista substancial acerca de los fines de la vida, sino que trata a las personas con igualdad,[36] Charles Taylor, utilizando el ejemplo de la sociedad de Quebec, propone otro tipo de liberalismo que otorga importancia a algunas metas colectivas.[37] En su

[35] *Multicultural Citizenship* en 154.
[36] Ronald Dworkin, *Liberalism*, en Stuart Hampshire, ed., *Public and Private Morality* (Cambridge: Cambridge University Press, 1978).
[37] Charles Taylor, *The Politics of Recognition*, Gutmann, *Multiculturalism* en 59.

opinión dicha sociedad tiene una meta colectiva representada por la lucha para la supervivencia de la cultura francesa en América del Norte. Aquellos que no comparten esa meta colectiva son tratados con igual respeto por medio de la provisión de salvaguardas de sus derechos fundamentales.

Este tipo de liberalismo, que explica Taylor, implica una lista de libertades fundamentales que no pueden ser violadas y que deben ser inexpugnablemente consolidadas para hacer justicia con aquellos que no comparten el objetivo colectivo. Obviamente ésta debe ser la posición dentro de un país con valores liberales constitucionales. Sin embargo, volvemos al problema anteriormente planteado: ¿Qué pasa con las sociedades que no consideran que dichos derechos fundamentales son moralmente pertinentes? Sobre este punto, Taylor dice que existe una tensión entre lo que llama "la política de la dignidad" y "la política de la diferencia". La política de la dignidad, que tiene una evidente raíz liberal, implica respetar a las personas sin tomar en consideración las diferencias entre ellas, es decir, asumir la absoluta igualdad entre todos. La política de la diferencia considera que el respeto por la gente involucra el respeto y el reconocimiento de su particularidad, es decir, toma en cuenta las diferencias y circunstancias particulares de cada grupo. Taylor explica, que mientras la política de dignidad universal luchó por formas de no discriminación que fuesen *ciegas* ante las maneras en las cuales los ciudadanos difieren, la política de la diferencia a menudo redefine la no discriminación, para decir que ésta requiere que convirtamos estas distinciones en la base del diferencial.[38]

La "política de la dignidad" es normalmente sostenida por los liberales, a quienes se acusa de sostener derechos de igualdad *neutros* que no toman en cuenta las diferencias entre los grupos humanos, y que tales derechos en realidad son el reflejo de su cultura particular. En ese sentido, se argumenta, que cuando los liberales alegan universalidad de sus valores,0 la respuesta es que son simplemente sectarios y etnocéntricos, tratando de imponer sus valores culturales a otros. Esto constituye un serio ataque contra el liberalismo, porque lo hace ver como círculo vicioso: el pensamiento y la teoría liberales se basan en un principio universal de autonomía humana que, en realidad, sería una característica particular de la cultura liberal. Por esa razón, cuando se obliga a los miembros de una cultura minoritaria a respetar los derechos civiles y políticos básicos debido a su supuesta universalidad, eso puede, en realidad, ser visto como una imposición de valores culturales ajenos a ellos. No obstante, Taylor

[38] *Taylor* en 39.

explica, que en casos como el de Quebec deben garantizarse derechos fundamentales a quienes no comparten la meta colectiva.

¿Cómo resolvemos este dilema? Los individuos tienen tanto derechos colectivos como derechos individuales. El conflicto entre estos dos tipos de derechos, ya sea dentro de la misma comunidad o ante los miembros de la sociedad mayoritaria, debe ser resuelto caso por caso, sopesando las circunstancias particulares de cada situación. No hay un patrón preestablecido que indique cuál de los dos debe prevalecer, pues ante estos conflictos, es superficial decir que los derechos individuales deben prevalecer, dado que hay casos en los cuales los mismos individuos otorgan mayor importancia a sus intereses colectivos que a sus intereses individuales. Por lo tanto, no existe ninguna prueba que determine cuál de los dos derechos debe prevalecer en un caso dado. Solamente si se logra un equilibrio entre los argumentos sobre la base de la razonabilidad a favor de uno o de otro, es que se puede obtener una decisión justa. Como dice Leslie Green: "¿Cómo han de ser resueltos estos conflictos? En este punto no tengo nada que decir al respecto y es tonto tratar de buscar una teoría general. Todo depende del carácter y del peso de los derechos involucrados y del contexto social".[39]

1.5 *LOS RETOS DEL MULTICULTURALISMO*

Hasta aquí se ha argumentado a favor de una perspectiva liberal respecto a los derechos de las minorías culturales. Los mayores retos a esa perspectiva han sido el trato que merecen las minorías iliberales y el problema que representa para los miembros renuentes investir de derechos colectivos a tales minorías. Estos problemas están estrechamente ligados al valor de las culturas y al problema del etnocentrismo. Aun cuando no se pretende aquí discutir ni analizar tales asuntos, los cuales se extienden más allá del propósito de este ensayo, vale la pena explicar brevemente algunas ideas sobre el multiculturalismo, para iluminar mejor la comprensión de los problemas planteados.

Para Charles Taylor, algunas de las reivindicaciones del multiculturalismo se fundan en la igualdad de respeto que merecen todas las culturas. La presunción que hay detrás de la premisa anterior, es que todas las culturas tienen un valor intrínseco. Sin embargo, tal presunción debe ser usada de forma procedimental, es decir, como base para iniciar el estudio de cada cultura. La presun-

[39] L. Green, *Internal Minorities and their Rights* en W. Kymlicka, ed., *The Rights of Minority Cultures* (Oxford: Clarendon Press, 1995) 257 en 269 (traducción libre).

ción de igual valor de toda cultura es sólo un punto de partida en la investigación, pues tal valor, en definitiva, debe ser demostrado. Así, es posible formarse juicios de valor sobre otras culturas distintas a la propia, siempre que el proceso de evaluación de una cultura distinta implique una profunda comprensión de la misma, pues sólo entonces puede llegarse a una conclusión fundamentada. De esta operación resultaría una perspectiva que podríamos llamar de conciliación cultural, por la cual se juzga la cultura extraña, partiendo de la presunción de valor igual (de forma procedimental), con base en un conocimiento profundo de la misma y aceptando sus visiones.[40]

Para entender mejor las ideas expuestas, el análisis debe centrarse en un ejemplo particular, como el referido a los pueblos indígenas como grupo paradigmático de una minoría cultural. En tal sentido, en su análisis de las tradiciones legales *chthónicas* (término que abarca a los pueblos indígenas y aborígenes, proveniente de la referencia a sus deidades y mundo sobrenatural), H. Patrick Glenn explica que, una de las características comunes de esta multitud de tradiciones es su moralidad, lo que conduce a un proceso de consenso al cual se llega por medio de la información y la participación; consenso este que no evita el disentimiento ni el rechazo de la tradición.[41] Glenn explica que, en general, las tradiciones legales *chthónicas* ejemplifican algunos de los principios más democráticos y abiertos del ordenamiento social, aun cuando en ellas no existen los derechos individuales, porque el individuo está imbuido en la comunidad a la cual pertenece.[42] Esas tradiciones carecen de la idea de derechos, dado que la ley protege a la comunidad más que a los miembros individuales, y la protección de la comunidad sirve como escudo para proteger al individuo, cuyos intereses están profundamente entrelazados con los intereses de la comunidad. No obstante, en las tradiciones legales *chthónicas* puede observarse que algunos roles sociales son limitados por la misma la tradición, como ocurre generalmente con la situación de la mujer en los pueblos aborígenes. Tales limitaciones al rol social de la mujer pueden parecer violatorias de los derechos individuales. Por lo tanto, a fin de evaluar el valor real de esas tradiciones, es importante comprender que tienen formas muy distintas de con-

[40] Ver *Taylor* en 66-67.
[41] H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World* (Oxford University Press, 2000) en 58.
[42] El Profesor Glenn explica que "dado que el individuo actual está sumergido en el pasado y en la sociedad más extensa, no hay poder individual –ni potestad– para lograr el objeto de la voluntad individual. No existen los derechos. Aun cuando se mire a los derechos como simples intereses protegidos por ley (variante moderna), entonces la ley no protege el interés puramente individual". *Ibídem* en 67.

ducir sus vidas y de ordenar su sociedad, pero que a la vez pueden otorgar mayor respeto, por medio de esas formas, a las llamadas virtudes liberales, tales como la apertura y la democracia.

Se ha señalado que, contrario a lo que comúnmente se cree, algunas culturas indígenas son muy respetuosas de la libertad de sus miembros, y muestran una profunda antipatía por la idea de que una persona pueda ser el amo de otra.[43] Este mismo punto lo enfatiza Tully, quien dice que los pueblos indígenas, en su forma particular, cuentan con formas democráticas de participación y libre expresión que serían disminuidas con la imposición de modelos occidentales. No obstante estas observaciones, no debe olvidarse que ellas pueden implicar un juicio de valor hecho desde la perspectiva occidental y que, como tal, puede originarse en la supuesta superioridad de la cultura occidental europea frente a las culturas de los indígenas, es decir, que la aceptación de los valores de estas culturas se haga desde la perspectiva liberal europea y no desde la propia cultura que se analiza.

A fin de evaluar el problema de la diversidad cultural implícito en la discusión previa, Tully ha propuesto las tres convenciones del "constitucionalismo común": reconocimiento mutuo, continuidad y consentimiento.[44] El reconocimiento mutuo implica, en el caso de los pueblos indígenas, su reconocimiento como naciones iguales y con derecho de auto-determinación, al mismo nivel de las naciones europeas que los conquistaron y de las nuevas naciones dentro de cuyos límites políticos se encuentran ubicados actualmente. Esto implica reconocer a los pueblos indígenas como naciones independientes, respetando, por consiguiente, sus costumbres y culturas, sus leyes y formas de gobierno. También implica su posición como socios en una confederación o unión política con la sociedad mayoritaria del país donde se encuentran sobre la base del consentimiento mutuo.

Desde la perspectiva planteada, el problema de los derechos individuales o colectivos dentro de los pueblos indígenas cambia radicalmente. Siguiendo las tres convenciones del "constitucionalismo común" de Tully, no será el gobierno de la sociedad mayoritaria quien otorgue a los pueblos indígenas sus derechos, sino que serán los mismos pueblos indígenas quienes decidirán qué tipo de derechos van a tener dentro de sus territorios y, de acuerdo al país donde estén ubicados, decidirán el conjunto de derechos que deben tener frente al

[43] *Multicultural Citizenship* en 172.
[44] *Tully* en 116.

gobierno y la sociedad mayoritaria del país correspondiente. Por esta razón, la segunda convención es la continuidad, es decir, debe aceptarse la existencia y persistencia de las costumbres y leyes de los pueblos indígenas, las cuales deben ser respetadas.

Las ideas de reconocimiento y consentimiento mutuos conducen a lo que Tully denomina "diálogo constitucional". En el diálogo constitucional, ambas partes (tanto los pueblos indígenas como los países dentro de cuyas fronteras se encuentran) están situados en un plano de igualdad, reconociendo su posición como naciones independientes y respetando las opiniones de cada quien, sin hacer uso de la coerción. Este tipo de diálogo es una simple manifestación del principio *audi alteram partem*, dado que cada una de las partes tiene el derecho de hablar su propio idioma y la otra está obligada a entender.

La consecuencia de tal diálogo es, que a los pueblos indígenas se les debe ver como naciones autónomas, con independencia suficiente para normar los derechos y las libertades de sus miembros. El principio implícito es, que el conquistador no tiene derechos sobre la forma prevaleciente de gobierno, a menos que el pueblo conquistado consienta su modificación.[45] De acuerdo con esta visión, el grupo minoritario tendrá alguna medida de soberanía y, por lo tanto, el derecho de tener el gobierno que estime conveniente; será libre de juzgar sus propios casos conforme sus propias leyes. Esto cambia completamente el problema del tratamiento de los derechos individuales dentro de las culturas minoritarias, específicamente dentro de los pueblos indígenas, dado que el juicio no se va a hacer desde una perspectiva liberal utilizando las leyes y posiciones morales de la sociedad mayoritaria, sino desde la perspectiva aborigen. Es de su propia manera, en su propio idioma y entendimiento que ha de darse la discusión sobre la situación individual de sus miembros.

Las ideas previas se relacionan con la visión que se expresaba antes acerca de los derechos de las minorías culturales. Además de la idea de que los pueblos indígenas tienen derecho a la supervivencia de su cultura, a fin de contar con un marco significativo dentro del cual tomar sus decisiones sobre la mejor manera de vivir, existe la idea de que el respeto de estos pueblos como naciones iguales implica la continuidad de sus culturas y leyes. La consecuencia es el reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas, es decir, su reconocimiento como naciones independientes, siempre como partes iguales dentro de un mismo país. De ese reconocimiento nace el derecho de decidir por sí

[45] *Ibídem* en 150.

mismos la situación de sus miembros y el reconocimiento de que la situación legal de sus miembros se decide por medio de sus propias tradiciones. De esta forma, se evita el problema de etnocentrismo, ya que no son los cánones de la sociedad mayoritaria los que indican qué tipo de restricciones son válidas y qué libertades deben garantizarse dentro del grupo minoritario, sino que es el mismo grupo, con base en sus tradiciones, quien toma las decisiones.

De lo anterior se deduce, que los pueblos indígenas son quienes decidirán qué tipos de restricciones a la libertad de sus miembros están justificadas, de acuerdo con sus propios conceptos de justicia; y a su vez, serán esos conceptos los que la sociedad mayoritaria deberá tomar en cuenta cuando juzgue dichas restricciones. Los miembros de la sociedad mayoritaria no tienen derecho de intervenir, sino simplemente el deber de respetar y aceptar las decisiones tomadas por la minoría cultural. Por otra parte, la sociedad mayoritaria tiene el deber de estar abierta para recibir a cualquier miembro de esas minorías culturales que quiera renunciar a su patrimonio cultural e integrarse a ella. El derecho a la disociación debe estar garantizado.[46]

Ahora bien, las anteriores conclusiones parecen persuasivas en cuanto a la relación con los pueblos indígenas, especialmente porque, como se dijo, algunos de los valores indígenas muestran un profundo respeto por el individuo y por su libertad. Una vez que se reconoce que los pueblos indígenas tienen distintas formas de mostrar respeto por el individuo, por su autonomía y libertad, al ser esas formas legítimas y exitosas, la mejor solución parece ser el reconocimiento mutuo y la prohibición de la intervención. Pero, ¿qué pasa cuando la situación es distinta a la de los pueblos indígenas? Una vez que se acepta que hay que analizar cada cultura sobre la base de su propia perspectiva, ¿No es válido negar la base común de entendimiento, cualquiera que fuera, dado que siempre reflejará un enfoque sesgado? Como se ha visto, la situación respecto de los pueblos indígenas permite el reconocimiento común, por cuanto se les considera tan democráticos como los estados liberales, aun cuando de forma diferente. En este caso, no existiría temor moral acerca de las violaciones de los derechos humanos en los pueblos indígenas, por cuanto se considera que en su tradición se incorporan valores fundamentales de respeto al individuo y su libertad.

Distinto es el caso de una minoría cultural que sea frontalmente hostil a la democracia y la libertad, aun juzgada desde una perspectiva de conciliación cultural. Este sería el caso, por ejemplo, de ciertos grupos musulmanes en países occidentales,

[46] *Kukathas* en 116.

principalmente de Europa Occidental. Aun sin reconocimiento jurídico, en tales grupos se observan costumbres ancestrales que perpetúan la situación de inferioridad de la mujer y la preeminencia masculina en las relaciones familiares. Estas minorías podrían argumentar que sus costumbres y tradiciones son milenarias y que no requieren del consentimiento de sus miembros, ya que su legitimidad proviene de un acto de fe al representar los verdaderos principios islámicos. Igualmente, podrían argumentar, que son las mujeres quienes se encargan de mantener tales costumbres. En estos casos el derecho de disociación estaría garantizado a los miembros renuentes, por la falta de reconocimiento jurídico y la consecuente ausencia de acciones judiciales de coerción para lograr el cumplimiento. Sin embargo, los rasgos sociales iliberales aún permanecerían.

La aceptación y el reconocimiento de culturas iliberales, aun luego de ser juzgadas bajo la perspectiva de la conciliación cultural, es en algunos casos chocante y contra-intuitiva. Ello presenta el mayor reto al argumento multicultural. Quizás la falta de reconocimiento jurídico garantiza la libertad de los miembros de las minorías iliberales, pero elimina la posibilidad de reconocimiento mutuo. Tales minorías podrían reclamar que sus costumbres y tradiciones sean reconocidas jurídicamente en lo que al derecho de familia se refiere, sobre la base del principio de reconocimiento mutuo. Podrían argumentar, en su favor, que la ausencia de reconocimiento constituye una prueba de imperialismo cultural, de imposición de patrones morales sobre la base de una supuesta superioridad moral, es decir, de un problema de etnocentrismo.[47]

Para intentar afrontar el problema planteado, se pueden usar –de forma metafórica– algunas ideas expuestas por Leibniz en La Monadología.[48] Leibniz explica que las "Mónadas" son los verdaderos átomos de la naturaleza y que son independientes entre sí. Cada Mónada aprecia el universo desde su propia perspectiva, aunque, a la vez, tiene en su interior, en su naturaleza interna, una expresión del resto. Aunque cada Mónada es distinta a las demás, todas tienen algo en

[47] Como se señala más adelante, el caso de los pueblos indígenas es muy distinto al del resto de las minorías culturales, por cuanto los pueblos indígenas fueron conquistados y no otorgaron su consentimiento a las nuevas normas que se les impusieron luego de la conquista. Las minorías culturales que resultan de la inmigración han otorgado su consentimiento a las leyes del país que han escogido, y por tanto se encuentran en una situación muy distinta a la de los pueblos indígenas. Quizás sólo los refugiados podrían estar en una situación moral parecida a los pueblos indígenas, por la falta de consentimiento a su nueva situación.

[48] G. Leibniz, *La Monadología* (Chicago: Open Court Publishing, 1902) en 251. No se pretende aquí un análisis, siquiera somero, de la filosofía de Leibniz, sino simplemente tomar prestadas de este gran filósofo algunas ideas básicas para intentar afrontar los problemas que plantea la diversidad cultural y la conciliación cultural que se han expuesto.

común: tienen en su propia perspectiva una expresión de la totalidad del universo. A partir de esa característica común y mirando desde su propio lugar, cada Mónada puede conocer el resto sin abandonar su perspectiva interna.

Se puede utilizar el anterior enfoque como metáfora para el análisis de las relaciones entre las culturas. El diálogo entre los miembros de las distintas culturas es posible porque todas están formadas por seres humanos, y por tanto, tienen fundamentos comunes de entendimiento. Las culturas no son un mundo cerrado, sino "un espejo viviente del universo". Tienen representaciones, en sus propias perspectivas, de las características presentes en las demás. Aun cuando son diferentes y distintas, tienen también necesariamente características comunes, pues reflejan la misma naturaleza de maneras distintas, viendo la misma realidad desde distintos ángulos, cada una desde su propio lugar.[49]

Aplicando este marco a las discusiones anteriores, es posible decir que el diálogo entre las culturas debe regularse mediante dos principios concomitantes. Primero, cada parte debe reconocer el valor y la distinción de las demás, respetando sus modos e idiomas. Segundo, cada parte debe reconocer la existencia de un fundamento común de entendimiento con el cual cada una debe estar de acuerdo, desde su propia perspectiva y procurando aprender los modos de la otra. Este proceso persigue evitar todo tipo de imperialismo y etnocentrismo y, a la vez, impone la obligación de llegar a un acuerdo preliminar sobre el fundamento común de entendimiento desde el cual se desplegará la discusión. De este modo tiene lugar el diálogo bajo el reconocimiento de la existencia de una base común de entendimiento que permite conversar sin pretender imponer los puntos de vista particulares a la otra parte. Así, el proceso respeta la pluralidad cultural y establece ciertos patrones comunes como base del diálogo.

El valor de la pertenencia cultural como base sobre la cual fundamentar los derechos de las minorías culturales constituye un punto de partida en la búsqueda en un fundamento común de entendimiento. Si el diálogo ha de conducir

[49] Por ejemplo, Stephen J. Toope señala que: "*Bien que le langage des droits de la personne soit d'origine occidentale, il est possible d'établir certaines analogies culturelles. N'est-il pas possible d'envisager une terminologie indigène, soit africaine ou asiatique, pour exprimer le respect des individus et des groupes?*" ["Si bien el lenguaje de los derechos de la persona es de origen occidental, es posible establecer ciertas analogías culturales. Acaso no podemos considerar una terminología indígena, asiática o africana para explicar lo que debemos entender por el respeto a los individuos y a los grupos?" (traducción libre)] S.J. Toope, *Cultural Diversity and Human Rights* (1997) 42 McGill Law Journal 169 en 184.

al logro del reconocimiento de los derechos de las minorías culturales dentro de una sociedad liberal, la pertenencia cultural ciertamente otorga una base firme para ello. Así, el valor de la pertenencia cultural cumple las dos condiciones mencionadas: primero, implica respeto por la distinción y el valor de las culturas, y segundo, es importante para ambas culturas y permite el respeto de los distintos puntos de vista. Sobre esta base moral puede construirse el argumento en favor de los derechos de las minorías culturales y, en consecuencia, del fundamento moral para la imposición de deberes a la sociedad mayoritaria.

2. LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS CULTURALES EN VENEZUELA: LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Tal como se anotó al principio, el reconocimiento de los derechos a los pueblos indígenas en la Constitución venezolana de 1999, constituye un caso claro de reconocimiento de derechos de minorías culturales que se basan en el valor de la pertenencia cultural. Por ello, en vista de la importancia histórica que tiene tal reconocimiento de derechos a minorías culturales, es necesario hacer un análisis sucinto de los mismos desde la perspectiva que se ha expuesto en la sección anterior y bajo el marco conceptual ya definido.

2.1 *SITUACIÓN LEGAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN VENEZUELA ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999*

El trato legal aplicado a los pueblos indígenas de Venezuela antes de la Constitución de 1999, reflejaba el deseo de integrarlos a la sociedad mayoritaria venezolana. El Artículo 77 de la Constitución de 1961 establecía que el objetivo respecto a los indígenas era su incorporación gradual como ciudadanos venezolanos a la sociedad nacional: "La ley establecerá el régimen excepcional requerido para la protección de las comunidades indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación". Esta era la premisa para la asimilación de los grupos indígenas y la imposición de la cultura dominante de la sociedad venezolana. La norma constitucional pretendía erradicar las culturas indígenas con el fin de convertir a los indígenas en campesinos o agricultores.[50]

El Artículo 77 de la Constitución de 1961 reflejaba un punto de vista respecto de los pueblos indígenas que había estado presente en el sistema legal venezo-

[50] Nelly Arvelo-Jiménez, *The Political Struggle of the Guayana Region's Indigenous Peoples* (1982) I Journal of International Affairs 43 en 50.

lano desde 1811. Por ejemplo, antes de la Independencia, las comunidades indígenas tenían títulos comunitarios sobre la tierra denominados "resguardos". Los resguardos eran las tierras inenajenables reservadas para los pueblos indígenas. No obstante, como lo explica R. Kuppe, en 1836 se aprobó una ley para dividir los resguardos en porciones de titularidad individual con pleno dominio y posesión, donde la partición se efectuaría a favor de cada familia indígena que vivía en la comunidad en cuestión, según sus números.[51] La idea era proveer a los indígenas de títulos individuales de sus terrenos como medio de respetar sus derechos de propiedad como ciudadanos. El objetivo era asimilar los indígenas al resto de la población, otorgándole los mismos derechos, lo cual era visto como el mejor mecanismo para protegerlos y ayudarlos a vivir vidas civilizadas. Esas medidas eran tomadas para asegurar su adelanto cultural y humano; es decir, como método de elevarlos desde su cultura atrasada a una cultura superior.[52]

Este patrón de legislación siguió durante el resto del siglo XIX. Por ejemplo, en 1840 se aprobó un decreto para civilizar los pueblos indígenas con el propósito de asentarlos y civilizarlos.[53] En dicho decreto se prohibía expresamente a los Goajiros tomar represalias por lesiones u ofensas sufridas, ya fuese dentro o fuera del territorio Goajiro, en clara contradicción con sus medios tradicionales de control social. El decreto estipulaba, asimismo, que toda persona que se encontrase violando dicha prohibición, sería responsable de igual forma que cualquier otro ciudadano por hacerse justicia por su propia mano. Al igual que en el caso de los derechos sobre las tierras, la idea detrás de tal legislación era someter a los pueblos indígenas a la ley ordinaria, como medio de respetar sus derechos como ciudadanos venezolanos. De lo contrario, se pensaba, serían discriminados y se violaría el principio de igualdad ante la ley.

La legislación relativa a los resguardos se destinaba a los pueblos indígenas que se habían asentado en las misiones con anterioridad a la guerra de Independencia. En 1915 se promulgó la Ley de Misiones, en la cual se estableció un marco legal para los grupos denominados como "tribus", las cuales eran definidas por su condición nómada.[54] El objetivo básico de la Ley de Misiones era "asentar" y

[51] Ley que Ordena el Repartimiento de los Resguardos Indígenas, (1836) *Fuero Indígena Venezolano* (Caracas) [en lo sucesivo Fuero Indígena].
[52] R. Kuppe, *The Indigenous Peoples of Venezuela and the National Law* (1987) 2 Law & Anthropology 113 en 116.
[53] Decreto Ejecutivo Sobre Reducción y Civilización de Indígenas, (1840) Fuero Indígena.
[54] Ley de Misiones, Fuero Indígena.

"civilizar" esas tribus que vivían fundamentalmente en el sur y el occidente del país. Para lograr esa meta, el Estado hizo arreglos con la Iglesia Católica para establecer misiones religiosas en esas regiones, las cuales estaban investidas de autoridad para mantener el orden entre los pueblos indígenas y tenían la tarea de asentarlos y civilizarlos. También se investía a las misiones de poder disciplinario sobre los grupos indígenas, así como de poderes administrativos relacionados con los derechos sobre las tierras. Aunque las misiones estaban a cargo de proteger las tierras tradicionales indígenas, el sistema carecía del poder necesario para evitar las invasiones de las tierras indígenas.[55]

El caso del pueblo Bari, es un buen ejemplo de cuán peligrosa puede ser para una cultura indígena la aplicación de conceptos legales ajenos a ella. Así, con el propósito de tratar a los pueblos indígenas como a los demás ciudadanos venezolanos, es decir, de aplicar el principio de igualdad ante la ley, el gobierno y las demás organizaciones públicas en los años setenta insistieron en darle títulos individuales sobre las tierras a los Bari, que vivían fuera de sus tierras reservadas. Se pensaba que, de este modo, serían tratados como cualquier agricultor venezolano con derechos de propiedad sobre las tierras que cultivaban. Sin embargo, la tenencia individual de tierras era un concepto ajeno a la cultura Bari y resultó que cada individuo poseía un trecho de terreno mucho más pequeño que el área requerida para el sistema tradicional de agricultura de subsistencia practicado por los Bari, incluyendo la subsistencia a nivel individual. Como consecuencia, la aplicación de los derechos de propiedad de tierras a los Bari, aceleró su proceso de desintegración, al fragmentar la unidad social de su estilo de vida comunitario que cumple una función cohesiva y económica en esa cultura.[56]

El proceso de otorgar derechos de propiedad a los pueblos indígenas se concretó en 1960 con la promulgación de la Ley de Reforma Agraria. El objetivo de esta ley fue eliminar el sistema de latifundios predominante en Venezuela, al otorgar a los pequeños agricultores derecho de propiedad sobre las tierras que ocupaban. Según las disposiciones de esta Ley era posible, mediante un proceso de expropiación, tomar de los propietarios privados las tierras que no se usaban para fines de agricultura. No obstante, los tipos preferidos de tierras sujetas a la reforma agraria, eran aquellas que pertenecían a la República, los estados o municipios. Las tierras otorgadas a los pueblos indígenas por medio de la reforma agraria, fueron en su mayoría tierras que habían sido propiedad de la República.

---

[55] Ver R. Kuppe, *The Indigenous Peoples of Venezuela and the National Law*.
[56] Ver Roberto Lizarralde, *Indigenous Survival Among the Bari and Arhuaco: Strategies and Perspectives* (Copenhagen: IWGIA, 1987).

Respecto de los pueblos indígenas, en la Ley de Reforma Agraria se reconocía a los poblados indígenas que conservaban su condición comunitaria, el derecho de goce de los terrenos, la selva y el agua que ocupaban o les pertenecían en el lugar donde normalmente habitaban (artículo 2(d)); de tal manera que la Ley de Reforma Agraria se usó para establecer una especie de derecho indígena sobre las tierras.[57] Sin embargo, fuera de la anterior excepción, se aplicó a los pueblos indígenas el mismo procedimiento legal para el otorgamiento de títulos (no-indígenas) establecido en la ley. A los pueblos indígenas que recibieron títulos de tierras conforme a la Ley de Reforma Agraria, se les motivaba a establecerse como cooperativas agrarias para cultivar y comerciar. Ese proceso ignoró el hecho de que, para los pueblos indígenas, el cultivo de los campos es solamente uno de los componentes de la actividad económica dentro de un sistema más amplio. Este sistema económico necesita suficiente espacio para seleccionar y talar nuevos sitios y para las actividades de caza, pesca y recolección que juegan un papel importante en su subsistencia. Los pueblos indígenas, en su sistema económico, necesitan suficiente territorio para evitar poner demasiada presión humana sobre el ambiente natural. No obstante, esos hechos no se tuvieron en cuenta al otorgarles títulos de tierras comunitarias, es decir, que las tierras no cultivadas eran una parte crucial de la vida económica de los indígenas y que dichas tierras son fundamentales para la supervivencia de los patrones culturales aborígenes.[58]

Es importante destacar que la Ley de Reforma Agraria, en su artículo 28, explícitamente establecía que no afectaba los parques nacionales. El efecto de esta disposición tuvo un enorme impacto en las comunidades indígenas de Venezuela, dado que al menos el 15% de la población indígena de Venezuela vive en los parques nacionales. Esta ley implicaba que a los pueblos ubicados dentro de los parques nacionales no les serían otorgados títulos de tierra y que sus derechos de explotación se verían afectados, aun cuando los sistemas de subsistencia utilizados por los pueblos indígenas logran un equilibrio con el ambiente sin poner su hábitat en peligro. Los pueblos indígenas son quizás quienes mayor cuidado dispensan al medio ambiente en el mundo, pues han desarrollado formas de subsistencia económica que aseguran su fuente de alimentos sin dañar el ambiente.[59]

---

[57] Ver al respecto R. Kuppe, *The Indigenous Peoples of Venezuela Between Agrarian Law and Environmental Law* (1997) 9 Law & Anthropology, 244.
[58] *Ibídem* en 246.
[59] R. Kuppe, *Derechos Indígenas y Protección del Ambiente ¿Dos Estrategias en Contradicción?* (1998) 10 Law & Anthropology.

Detrás de estos intentos de culturizar y civilizar los pueblos indígenas, estaba la idea de que el tratarlos con justicia implicaba investirlos con los mismos derechos del resto de los venezolanos. Bajo este punto de vista, no podía darse un trato diferenciado por causa de la cultura, pues ello habría implicado una discriminación. Ello refleja cierto etnocentrismo, ya que se pensaba que los pueblos indígenas necesitaban gozar de los mismos derechos y libertades de los que gozaba la sociedad mayoritaria venezolana, y no adaptar dichos derechos a los patrones de entendimiento indígenas. El objetivo era igualar a los pueblos indígenas con el resto de la sociedad, sobre la premisa de que tal igualación implicaba adaptar los pueblos indígenas a la cultura y a los valores de la sociedad mayoritaria, considerada como superior.

Como se puede ver de los ejemplos anteriores, la situación legal de los pueblos indígenas antes de la Constitución de 1999 era precaria. El objetivo principal de las disposiciones legales mencionadas era asegurar la integración de los pueblos indígenas a la sociedad y cultura dominante de Venezuela. Esto se veía como un trato justo, ya que por medio de su integración, gozarían de los mismos derechos que el resto de los ciudadanos. Esas leyes también reflejaban la falta de conciencia acerca del valor de las culturas indígenas y de su fragilidad ante la sociedad venezolana. Estos puntos de vista están claramente reflejados en el Artículo 77 de la Constitución de 1961, donde lo fundamental era asegurar un trato igualitario; y las culturas de los pueblos indígenas eran consideradas como obstáculo para ese objetivo.[60]

Sería anacrónico criticar o juzgar esas ideas desde nuestro punto de vista. Sin embargo, en retrospectiva, es posible analizar los errores reflejados en el conjunto de ideas anteriormente dominantes para poder reparar el daño que se ha hecho. Tratar a los pueblos indígenas con justicia no implica únicamente igualdad de trato en comparación con el resto de los ciudadanos venezolanos, sino la aplicación de un trato diferenciado de forma que se respeten sus identidades culturales. Los miembros de los pueblos indígenas tienen derechos que se derivan de su pertenencia cultural. Dado que las culturas indígenas en Venezuela son extremadamente frágiles y afrontan el riesgo de desaparecer, y que han sido sujetas a un proceso de culturización y de integración, la protección que necesitan debe reflejarse en el reconocimiento de sus derechos culturales.

[60] Arvelo-Jiménez, en 54. La situación legal de los pueblos indígenas comenzó a cambiar a finales de los años ochenta, con la creación del consejo nacional indio de Venezuela y la introducción, por parte del Profesor Alexander Luzardo de la Universidad Central de Venezuela, del Proyecto de Ley Indígena. Ver al respecto R. Kuppe, *Recent Trends in Venezuela's Indigenist Law* (1996) 8 Law & Anthropology 161.

2.2 *LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999*

Como hemos visto, en tanto que minorías culturales, los pueblos indígenas tienen el derecho de preservar sus culturas y tradiciones y, en ciertas circunstancias, tienen derecho a ser tratados de manera diferente al resto de la sociedad. El trato igualitario derivado de la aplicación de las leyes a todos los grupos, sin atender a sus diferencias culturales, puede generar injusticias. El derecho de familia, por ejemplo, está muy influido por las perspectivas culturales y morales de la sociedad mayoritaria. Sin embargo, las tradiciones familiares indígenas son distintas y, en algunos casos, contradictorias a las del resto de la sociedad venezolana. Puede ocurrir que la ley refleje y soporte la perspectiva moral de una parte de la sociedad, mientras deja de lado el punto de vista moral de la otra.

Existen algunos grupos culturales que deben acatar incluso las leyes que sean contradictorias con sus creencias morales. Así, los grupos culturales conformados por inmigrantes deben cumplir las leyes del país al cual han inmigrado. La situación de los pueblos indígenas es completamente distinta, pues ellos ya ocupaban el territorio actual de Venezuela antes de la llegada de los españoles y tenían una estructura normativa para reglamentar su sociedad, y fueron conquistados y sometidos bajo un régimen que no aceptaron libremente. Sus derechos culturales se derivan de estos hechos concretos: primero, constituyen una minoría cultural que vive dentro de una sociedad mayoritaria, y segundo, estaban aquí, en sus tierras, antes de formarse la sociedad venezolana, tal como la conocemos hoy en día. Por estas razones, si el sistema legal no establece diferencias sobre la base de la identidad de la cultura indígena, pueden generarse situaciones de discriminación e injusticia. Los pueblos indígenas tienen doble asidero moral para reclamar un trato diferencial al resto de la sociedad: constituyen minorías culturales y fueron conquistados sin haber otorgado libremente su aceptación al régimen que les fue impuesto. Por ser los ocupantes originales de las tierras que ahora conforman el territorio venezolano, constituyen una minoría nacional con asidero moral para reclamar derechos culturales.

La Constitución de 1999 ha garantizado los derechos de los pueblos indígenas, quienes han otorgado su consentimiento a la misma. De esta forma, los pueblos indígenas de Venezuela se han convertido en socios en confederación con la sociedad venezolana (parafraseando las palabras de James Tully). La Constitución establece que los pueblos indígenas constituyen pueblos autónomos dentro del territorio venezolano, con derechos culturales y autonomía de go-

bierno dentro de la esfera de su competencia. Los derechos de los pueblos indígenas han sido reconocidos constitucionalmente y, por lo tanto, han quedado protegidos contra la intervención legislativa, al menos en lo que respecta sus áreas medulares.[61]

2.2.1 *El reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas*

El Artículo 119 de la Constitución de 1999 establece que, el Estado reconocerá la existencia de pueblos y comunidades indígenas, su organización social, económica y política, sus culturas, costumbres, lenguas y religiones. Esta necesidad de reconocer la existencia de los pueblos indígenas puede sonar ilógica e innecesaria, pero si se toma en consideración la incertidumbre legal que padecían antes de la Constitución de 1999, dicho reconocimiento refleja una verdadera necesidad.

Como vimos en la sección anterior, los pueblos indígenas han sufrido la amenaza de ser asimilados a la sociedad mayoritaria venezolana por muchos años. Muchos grupos étnicos indígenas han sido asimilados y han perdido sus culturas y tradiciones. Una de las causas de esa situación ha sido la negación en los textos legales de la existencia e importancia de los pueblos indígenas. Esa falta de reconocimiento de su existencia, sus culturas, tradiciones y características singulares, ha acelerado su transculturización. El reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas significa que, a partir de la promulgación de la Constitución de 1999, todos los grupos étnicos indígenas que habitan dentro de las fronteras de Venezuela, son reconocidos como comunidades diferentes, con culturas y organizaciones diferentes, lo que sirve como medio de reconciliación entre la sociedad venezolana y los pueblos indígenas. Aunque el reconocimiento no borra el sufrimiento de los pueblos indígenas de Venezuela, efectivamente refleja el compromiso de la sociedad venezolana de reparar lo que se había hecho y construir una nueva sociedad en armonía con sus pueblos ancestrales.[62]

---

[61] Los derechos de los pueblos indígenas garantizados en la Constitución de 1999 han sido fuertemente criticados. Por ejemplo, puede revisarse el trabajo de Ricardo Antela titulado *El Tema Indígena en el proyecto de Constitución (un riesgo para la soberanía, que no podrá enmendarse)*.

[62] En este sentido, en un caso similar al venezolano, es ilustrativo el criterio expresado por la Corte Suprema de Canadá: "Los derechos indígenas son reconocidos y confirmados en la Sección 35(1), a fin de reconciliar la existencia de diferentes sociedades aborígenes antes de la llegada de los europeos a América del Norte con la aserción de la soberanía de la Corona sobre ese territorio; ellos son los medios por los cuales se mantienen los aspectos críticos e integrales de esas sociedades". *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 725 en 774 (traducción libre).

La interrogante reside en cuáles son los efectos legales que resultan del reconocimiento de la existencia y diferencia de los pueblos indígenas. Dicho reconocimiento constituye, por sí mismo, un paso en la lucha por los derechos de los pueblos indígenas. Pero adicionalmente hay otras consecuencias legales derivadas del reconocimiento. Primero, cuando la Constitución establece que, el Estado reconocerá la existencia y la cultura de los pueblos indígenas, eso significa que ellas constituyen legalmente distintas culturas dentro de Venezuela, por lo cual tienen el derecho, como venezolanos y miembros de sus comunidades, a mantener sus culturas y tradiciones y, lo más importante, a ser protegidos contra los intentos de integrarlos a sociedad mayoritaria.

Por tal razón, el Artículo 119 incluye el reconocimiento por parte del Estado, no sólo de la existencia de los pueblos indígenas, sino también de su organización social, económica y política, de sus lenguas, religiones, culturas y costumbres. Una vez reconocido que dentro de una sociedad hay distintas culturas con características que difieren de las de la sociedad mayoritaria, debe aceptarse que esas minorías tienen el derecho de preservar sus culturas y tradiciones. El reconocimiento de la distinción implica, para los pueblos indígenas, el derecho colectivo de preservar sus culturas y el derecho colectivo a ser protegidos contra todo intento de asimilación.

El contenido de esos derechos colectivos varía de acuerdo a las circunstancias particulares de cada grupo étnico indígena.[63] En vista de que las circunstancias históricas de cada grupo son distintas y que los derechos de los pueblos indígenas se basan en tales circunstancias particulares, el contenido y extensión de tales derechos dependerá de la situación de cada grupo. Por ejemplo, puede considerase que los Yanomami necesitan mayor protección contra las influencias externas que grupos más grandes, por cuanto la cultura Yanomami es frágil y puede ser dañada fácilmente. En este caso, el Estado tendría el deber de protegerlos de esas fuerzas externas, limitando la influencia de las misiones sobre la educación de los niños, luchando contra los mineros ilegales brasileños que contaminan su ambiente, etc.

[63] La Corte Suprema de Canadá, tribunal que, como se anotó, ha sido pionero en materia de derechos indígenas, ha señalado: "La existencia de un derecho indígena dependerá enteramente en las prácticas, costumbres y tradiciones **de la comunidad indígena en particular que reclame el derecho**. Como se ha sugerido, los derechos indígenas son derechos constitucionales, pero ello no niega el hecho central de que los intereses protegidos por los derechos indígenas se relacionan con la historia específica del grupo que reclama el derecho. Los derechos indígenas no son generales y universales: su amplitud y contenido debe ser determinado caso por caso". *R. v. Van Der Peet*, *supra* en 559. (Énfasis original; traducción libre).

Como vimos en la primera parte, los derechos colectivos de las minorías culturales son necesarios a fin de hacer justicia a su cultura y circunstancias particulares. Por ejemplo, el Código Civil establece un régimen legal sobre matrimonio y parentesco que se enmarca dentro de las normas morales y sociales de la sociedad venezolana. Ese régimen puede ser desconocido y extraño para algunos de los grupos étnicos indígenas. Así, por ejemplo, los Piaroa tienen costumbres muy específicas en cuanto al matrimonio y el parentesco que pueden ser, en ciertas ocasiones, contrarias a las establecidas en el Código Civil. Estas costumbres reflejan el ambiente social y cultural en el cual viven y que se han desarrollado desde épocas ancestrales.[64] Exigirle a los Piaroa que cumplan las reglas sobre el matrimonio que establece el Código Civil, sería injusto, pues, si bien tales reglas reflejan los puntos de vista morales de la sociedad venezolana, y por ello, para la mayoría seguir esas reglas no va en contra de su cultura y moral sino que las promueve y las confirma, para los Piaroa podrían implicar un cambio de sus costumbres ancestrales para el cual no estén preparados. La aplicación de las reglas del Código Civil sobre matrimonio y parentesco a los Piaroa, sería injusto, pues, implicaría una discriminación: la sociedad mayoritaria tendría su sistema moral familiar amparado por la ley, mientras que se podría afectar el sistema moral familiar de los Piaroa.

Cabe preguntarse por qué, por ejemplo, no debería permitirse a los inmigrantes cuya cultura permite la poligamia, que puedan ser exceptuados del cumplimiento de las normas de monogamia establecidas en el ordenamiento jurídico venezolano. Aunque un grupo musulmán en Venezuela tenga derecho a cierto tipo de derechos poli-étnicos (dado que constituyen una minoría cultural), lo cierto es que los inmigrantes han decidido vivir en Venezuela y, por lo tanto, han consentido obligarse por las leyes del país.[65] Por el contrario, como se ha señalado, los pueblos indígenas se encontraban en Venezuela antes de la conquista, y por ello tienen una especial situación moral para reclamar el reconocimiento de excepciones y ayudas del Estado para preservar su cultura. Aun cuando ambos grupos, como minorías culturales, tienen derecho a ciertos derechos culturales, el alcance de dichos derechos es mucho más amplio en el caso de los pueblos indígenas (como se reconoce y afirma en el Artículo 119 de la Constitución), dado que ellos no consintieron en la aplicación de las leyes venezolanas, sino hasta la aprobación de la Constitución de 1999.

---

[64] Joanna Kaplan, *The Piaroa, A People of the Orinoco Basin* (Oxford: Clarendon Press, 1975) en 127-145.

[65] *Multicultural Citizenship* en 176.

Es importante mencionar aquí, que los pueblos indígenas venezolanos han otorgado su consentimiento a la Constitución de 1999, con lo cual han aceptado la soberanía venezolana y las leyes venezolanas. Tal como se expone más adelante, si bien se ha reconocido el derecho de autonomía indígena, tal derecho debe ejercerse dentro del marco legal vigente en Venezuela. Se ha creado así una nueva órbita legal en Venezuela, constituida por el derecho indígena, autónoma dentro del marco de sus competencias, pero bajo la obligación de cumplir con el ordenamiento constitucional.

Como se estableció al principio, los derechos deben tener justificación moral, por cuanto generan la imposición de deberes. Los pueblos indígenas, en tanto que minorías culturales, cuentan con una base moral para reclamar el reconocimiento de derechos culturales. Pero la justificación y alcance de esos derechos es determinada por su posición como ocupantes y poseedores originales del territorio de Venezuela.[66] Este hecho se reconoce expresamente en el artículo 126 de la Constitución de 1999, al señalar que los pueblos indígenas son culturas de raíces ancestrales. De allí que la Constitución de 1999 ha reconocido la presencia ancestral de los pueblos indígenas en Venezuela y los derechos que por ese motivo les pertenecen moralmente.

2.2.2 *Autonomía indígena*

El Artículo 119 de la Constitución de 1999 establece que, el Estado reconocerá la existencia y la organización social, económica y política de los pueblos indígenas, así como sus religiones, costumbres y lenguas. De esta forma, la Constitución de 1999 ha consagrado la autonomía indígena, dentro del área de sus competencias. El contenido preciso de la autonomía de cada uno de los grupos étnicos indígenas de Venezuela, dependerá en gran medida de sus circunstancias particulares y de su historia. La Constitución ha reconocido la organización política particular de cada grupo étnico indígena, por lo cual el contenido preciso de la autonomía de cada comunidad dependerá de su particular organización política.

Sin embargo, el alcance general de la autonomía de los pueblos indígenas ha sido establecido por la Constitución: los pueblos indígenas tienen la facultad de decidir sobre su organización social, económica y política, sobre sus asun-

[66] Sobre este punto, la Corte Suprema del Canadá ha señalado: "A mi parecer, la doctrina de los derechos aborígenes existe, se reconoce y se confirma en la Sección 35(1), por motivo de un único hecho: cuando los europeos llegaron a América del Norte, los pueblos aborígenes **ya estaban allí**, viviendo en comunidades en esas tierras y participando en distintas culturas, como lo han hecho por siglos. Es ese hecho, y ese sobre todos los demás, lo que separa a los pueblos aborígenes de todos los demás grupos minoritarios en la sociedad canadiense y determina su status legal especial y ahora constitucional". *R.* v. *Van Der Peet*, en 538-539. (Énfasis original).

tos religiosos, su lengua y la educación de su gente, así como sobre las tierras que tradicionalmente han habitado. Tal es el alcance de la autonomía indígena, la cual, siempre dentro del marco de la Constitución, ha sido otorgada para ser ejercida por cada comunidad indígena en particular.

Como se anotaba antes, el consentimiento que han otorgado los pueblos indígenas a la Constitución implica que han aceptado el marco jurídico constitucional en ella establecido. Por esa razón, la autonomía indígena está sujeta al respeto de los derechos constitucionales, al respeto de las instituciones públicas y al respeto del área de competencia del resto de las esferas normativas reconocidas en la Constitución. De esta forma, si bien la autonomía indígena incluye el derecho, por ejemplo, de decisión sobre asuntos religiosos, no puede impedir la libertad religiosa, pues ello violaría la Constitución.

Es imposible establecer *a priori* lo que implicará para cada grupo étnico indígena la autonomía consagrada en la Constitución de 1999. Sólo el tiempo y el desarrollo práctico de estas disposiciones constitucionales fijarán los límites precisos de la autonomía indígena. Sin embargo, es obvio que la Constitución de 1999 ha derogado (*ipso iure*) los textos legales descritos en la sección anterior que regulaban la situación legal de los pueblos indígenas. En general, todas las leyes que tengan que ver con la organización de los pueblos indígenas están sujetas a los parámetros establecidos en la Constitución y deben ser vistos a la luz de la autonomía indígena ahí reconocida.

Los pueblos indígenas tienen ahora libertad para determinar y preservar sus organizaciones sociales y políticas sin la interferencia de organizaciones privadas o públicas. Áreas como el comercio, la propiedad comunitaria de las tierras y el derecho de familia, pueden ser regulados por cada comunidad indígena, y los tribunales tienen la obligación de aplicar, si así se lo solicitan, tales regulaciones. El sistema jurídico debe tomar en cuenta la perspectiva indígena a fin de decidir las cuestiones legales relativas a los pueblos indígenas. Los tribunales están en la obligación de, cuando el caso lo amerite y conforme a las circunstancias, aplicar y hacer valer las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas.[67] Además, se ha establecido la posibilidad de que los pueblos indí-

[67] La Corte Suprema de Canadá dio un buen ejemplo de la aplicación de la perspectiva indígena en el sistema judicial cuando expresó que, al dictar sentencia contra miembros de grupos indígenas, el juez debe prestar atención a las circunstancias singulares de los pueblos aborígenes, para lo cual debe tomarse en cuenta lo siguiente: "(A) Los singulares factores sistémicos o de antecedentes que puedan haber influido para traer a ese infractor aborigen ante las Cortes; y (B) Los tipos de procedimientos de sentencia y las sanciones que sean apropiadas bajo las circunstancias para el infractor, dada su particular herencia o conexión aborigen". *R*. v. *Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688 en 724 (traducción libre).

genas apliquen su propio sistema de justicia para dirimir conflictos que sólo afecten a sus miembros (artículo 260 de la Constitución).

Ahora bien, la autonomía indígena está limitada por el sistema legal venezolano y puede ser ejercida solamente dentro del mismo. De ahí que el artículo 126 de la Constitución de 1999 estipula que los pueblos indígenas son parte de la Nación, del Estado y del pueblo de Venezuela, que se define como soberano e indivisible, lo cual conlleva que la autonomía indígena está limitada por la Constitución y las leyes y debe ser ejercida dentro de las fronteras del país. Pero, en su área de competencia, los pueblos indígenas son soberanos y sus decisiones son vinculantes. En este sentido es claro el artículo 260 de la Constitución, al establecer que la autonomía indígena en materia de administración de justicia con base en las tradiciones ancestrales no debe contrariar la Constitución, las leyes y el orden público. En definitiva, se ha creado un nuevo nivel de gobierno en Venezuela, que, como todos los demás, está limitado por la Constitución y por las leyes.

Conjuntamente con la autonomía indígena, el artículo 125 de la Constitución de 1999 estipula, que los pueblos indígenas tienen el derecho de participación política y que el Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional, en el Consejo Legislativo y el Concejo Municipal donde haya comunidades indígenas. En este punto es importante acotar, que los miembros de los grupos étnicos indígenas, al igual que el resto de los ciudadanos venezolanos, han gozado plenamente de los derechos políticos desde la promulgación de la Constitución de 1961 (y brevemente durante la vigencia de la Constitución de 1947). Lo que han adquirido en la Constitución de 1999 es su derecho de participar en la política *como grupo*; se les ha otorgado el derecho colectivo de participación política. No obstante, es posible que la representación indígena en la Asamblea Nacional pueda ser fácilmente derrotada por la mayoría, por lo cual sería recomendable, en un futuro, otorgar a esa representación indígena derechos de veto sobre los asuntos que los afecten directamente.

2.2.3 *Derecho a las tierras indígenas*

Desde que el sistema de resguardos fue derogado hasta la promulgación de la Ley de Reforma Agraria en 1960, los pueblos indígenas de Venezuela no tuvieron ningún título comunitario sobre sus tierras. El único título que podían tener, era de propiedad individual, como cualquier otro ciudadano. Como también vimos, los derechos de propiedad sobre las tierras que se basaron en la Ley de Reforma Agraria derivaban del gobierno y no eran considerados como "derechos indígenas".

Esta situación ha cambiado en la Constitución de 1999, cuyo artículo 119 establece, que el Estado reconocerá los derechos originarios de los pueblos indígenas sobre las tierras que tradicional y ancestralmente ocupan. Bajo este concepto se reconoce que el derecho a las tierras indígenas deriva de la ocupación histórica de las tierras tribales por parte de los pueblos indígenas.[68] Los títulos comunitarios o indígenas que fueron extinguidos por efecto de la promulgación de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos en 1936, han sido restituidos por la Constitución de 1999, al reconocer el título original de los pueblos indígenas sobre sus tierras. De esta forma, el título a las tierras indígenas que corresponde histórica y moralmente a los pueblos indígenas, ha sido reconocido en el ordenamiento jurídico.

Brian Slattery, quizás la mayor autoridad académica en materia de derecho aborigen, explica que cuando la Corona Británica impuso su soberanía en América del Norte, ofreció protección a los pueblos indígenas y aceptó que éstos conservaran sus tierras, sus instituciones políticas y leyes consuetudinarias, salvo que se promulgase alguna ley en contrario.[69] Esta es la doctrina del *common law,* relativa al título aborigen y constituye la base de la tenencia nativa de tierras en América del Norte.

En Venezuela la situación es distinta, pues la Corona Española no ofreció su protección a los pueblos indígenas ni llegó a acuerdos en ese sentido. Después de la Independencia, Venezuela reclamó absoluta soberanía sobre el territorio que constituía la Capitanía General de Venezuela, y de esa forma los pueblos indígenas perdieron cualquier posibilidad de titularidad sobre las tierras que ocupaban, situación que se consolidó con la promulgación de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos. Por ello, en Venezuela, a diferencia de América del Norte, debe reconocerse el derecho originario de los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan, pues tales derechos habían sido abolidos. Si bien los derechos

[68] Nuevamente, a fin de entender los conceptos derivados de los derechos de los pueblos indígenas, es pertinente citar a la Corte Suprema de Canadá: "La ocupación previa es, no obstante, pertinente de dos formas distintas, las cuales demuestran la naturaleza *sui generis* del título aborigen. La primera es el hecho físico de la ocupación que deriva del principio de la ley consuetudinaria, de que la ocupación constituye prueba de posesión bajo la ley (...) Así en *Guerin*, *supra*, Dickson J. describió el título aborigen, en la p. 376, como un "derecho legal derivado de la ocupación y posesión histórica de las tierras tribales por parte de los Indios". Lo que determina que el título aborigen sea *sui generis,* es que surge de la posesión **anterior** de la declaración de soberanía británica, mientras que las propiedades normales, como de pleno dominio, surgen después". *Delgamuukw* v. *B.C.*, en 1082 (traducción libre).

[69] Brian Slattery, *Understanding Aboriginal Rights* (1987) 66 Canadian Bar Review 727.

indígenas, como derechos de minorías culturales, constituyen una base moral sólida para reclamar su garantía y reconocimiento, el derecho originario a las tierras ancestrales existe como obligación moral de la sociedad venezolana, por el hecho de que tales derechos nunca fueron reconocidos sino abolidos.

Una vez consagrados los derechos a las tierras indígenas, el siguiente problema es la determinación del alcance de dichos derechos y de las tierras sobre las cuales se ejercen. El artículo 119 establece, que es responsabilidad del Poder Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar los derechos colectivos de propiedad que les pertenecen. También se establece que dichas tierras serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles. Los límites de estos procesos de demarcación deben ser fijados en una ley especial, respetando los límites que ha establecido la Constitución. Es evidente que, a más de cuatro años de la promulgación de la Constitución de 1999, no se ha avanzado nada en el desarrollo de estos derechos.

Conforme el artículo 119, los pueblos indígenas tienen derechos colectivos de propiedad sobre las tierras que "tradicionalmente *ocupan y* que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida". Esto significa que la demarcación considerará solamente aquellas tierras que actualmente ocupan los pueblos indígenas y no las que solían ocupar y perdieron. Por lo tanto, aunque la Constitución de 1999 deroga la apropiación injusta de las tierras indígenas por parte de la República (por medio del concepto de tierras baldías), ello no tiene efectos retroactivos. Los pueblos indígenas tienen el derecho de conservar las tierras que actualmente ocupan, con la certeza legal de sus derechos colectivos de propiedad.

El efecto directo de la consagración de los derechos de tierra indígenas es, no obstante, de suma importancia, pues los pueblos indígenas no tendrán que adquirir derechos de propiedad individual sobre sus tierras para conservarlas, ni tendrán que solicitar títulos colectivos como campesinos. Además, gracias a su consagración constitucional, los derechos a las tierras indígenas tienen aplicación preferente sobre cualquier título que derive de una ley que los contradiga o usurpe. Por ejemplo, la regulación relacionada con los parques nacionales, ya no evitará que los pueblos indígenas empleen sus prácticas económicas dentro de los parques o que ostenten derechos sobre los territorios que conforman los parques nacionales.

2.2.4 *Derechos culturales indígenas*

Los artículos 121, 122, 123 y 124 de la Constitución de 1999 están dedicados a los derechos culturales de los pueblos indígenas. En general, estos artículos

garantizan el derecho de conservación y desarrollo de la identidad cultural de los pueblos indígenas, el derecho a que se conserven y promuevan sus prácticas económicas tradicionales, el derecho de propiedad intelectual sobre sus conocimientos ancestrales y, finalmente, la obligación de protección de las culturas indígenas por parte del Estado. Aun cuando es importante que la Constitución de 1999 haya detallado algunos derechos culturales de los pueblos indígenas, esos derechos son la derivación necesaria del reconocimiento de las distintas culturas indígenas. Por lo tanto, los derechos culturales consagrados en la Constitución no constituyen una lista completa o taxativa de los derechos culturales, sino que será el tiempo y las circunstancias particulares de cada uno de los grupos étnicos indígenas existentes en Venezuela, lo que fijará el contenido y alcance de sus derechos culturales.

Especial mención merece el artículo 9 de la Constitución donde se reconocen como idiomas oficiales las lenguas de los pueblos indígenas venezolanos. Es un hecho que muchos miembros de los pueblos indígenas desconocen o manejan con dificultad el castellano. Por otra parte, aun cuando lo manejen con corrección, lo cierto es que las lenguas indígenas son un patrimonio cultural y constituyen una parte esencial de las culturas indígenas. Por esta razón, es necesario y constituye un derecho cultural básico reconocer oficialmente las lenguas indígenas, con lo cual los indígenas han adquirido el derecho de usar sus lenguas en todos los trámites oficiales y en su educación. Esto reduce los problemas derivados de la utilización oficial y obligatoria del castellano, que pone en desventaja a los miembros de los pueblos indígenas frente a la sociedad mayoritaria venezolana, pues mientras los miembros de esta última pueden utilizar su lengua materna para litigar sus casos, los indígenas se ven obligados a usar una lengua extraña y en ocasiones desconocida. Igual ocurre con la educación pública y el resto de actividades sociales donde el castellano es utilizado. No obstante, es menester mencionar de nuevo, que muy poco se ha avanzado para dar concreción a este derecho.

Ahora bien, los derechos culturales constituyen, obviamente, la médula central de los derechos de las minorías culturales. Como se ha señalado antes, los pueblos indígenas gozan de una especial situación histórica distinta del resto de las minorías culturales, que los hace acreedores de derechos de autonomía y de ocupación de sus tierras ancestrales. No obstante, los derechos de las minorías culturales se concretan y desarrollan a partir de los derechos culturales, ya que son precisamente este tipo de derechos los que garantizan la subsistencia y desarrollo de las culturas minoritarias, lo cual constituye su fundamento moral.

En ese sentido, el derecho cultural medular de los pueblos indígenas es su derecho a preservar sus culturas y condiciones sociales. Ello incluye no solamente sus prácticas culturales, sino también todas las prácticas sociales que conforman sus formas de vida. La idea es darles la oportunidad de vivir en sociedades viables, en las cuales encuentren soporte y sean valorados sus entendimientos sociales y culturales. El artículo 121 establece que los pueblos indígenas tienen el derecho de conservar y desarrollar su identidad ética y cultural, sus valores, espiritualidad y lugares sagrados. El contenido preciso de estos derechos será determinado por las circunstancias particulares de cada grupo. Como ha señalado la Corte Suprema de Canadá "la naturaleza y existencia de derechos aborígenes varían según la diversidad de culturas y tradiciones aborígenes que existan en este país".[70] Los pueblos indígenas tienen el derecho base de preservación de sus culturas, pero el contenido preciso de sus derechos culturales variará, según las singularidades de cada caso.

Ahora bien, aun cuando el contenido preciso de los derechos culturales indígenas debe ser determinado caso por caso, es posible establecer algunos límites a esos derechos. En principio, los límites de los derechos culturales son aquellos que dicta la naturaleza distintiva de la práctica cultural o social en cuestión. Los pueblos indígenas tienen el derecho de preservar sus culturas distintivas para tener sociedades viables en las cuales puedan vivir, por lo cual el derecho debe proteger sólo los aspectos de sus culturas que sean distintivos, significativos e importantes para cada cultura particular, es decir, se protegen únicamente las características que definen y distinguen las culturas indígenas. Nuevamente es relevante citar la opinión de la Corte Suprema de Canadá, la cual ha fijado correctamente los límites de los derechos culturales indígenas:

> Para satisfacer la prueba de una cultura distintiva, el aborigen reclamante debe hacer más que demostrar que alguna práctica, costumbre o tradición era un aspecto o que ocurrió en la sociedad aborigen de la cual él/ella forma parte. El reclamante debe demostrar que dicha práctica, costumbre o tradición, era parte central y significativa de la cultura distintiva de la sociedad. Él o ella debe demostrar que, en otras palabras, dicha práctica, costumbre o tradición, era una de las cosas que

[70] *R*. v. *Gladstone* en 769 (traducción libre).

> determinaban que la cultura de la sociedad fuese distinta, que era una de las cosas que realmente hacían que *esa sociedad fuese lo que era*.[71]

Cabe destacar que en Canadá se ha establecido que, las prácticas, costumbres y tradiciones pertinentes a la identificación de los derechos aborígenes son aquellas que existían antes de que los pueblos indígenas en cuestión entraran en contacto con los europeos.[72] Esta limitación no es aplicable al caso venezolano, pues los derechos de los pueblos indígenas se basan en el hecho de que fueron los ocupantes originales del territorio actual de Venezuela, de donde surge la justificación moral de sus derechos. Sin embargo, el *contenido* de esos derechos debe determinarse por las características especiales que definen sus culturas distintivas, sin importar que las mismas se hayan desarrollado antes o después del contacto con las sociedades europeas. Al contrario, dicho contacto puede haber tenido efectos decisivos sobre las culturas indígenas que ahora forman parte de sus características distintivas, y que por tanto merecen protección.

Como se ha dicho antes, los derechos de las culturas minoritarias se derivan de la importancia de su pertenencia cultural. Por consiguiente, el contenido de esos derechos no puede verse limitado por las prácticas culturales de un período determinado, sino que deben incluir los cambios sufridos por dichas prácticas. Cuando el artículo 121 de la Constitución de 1999 estipula, que los pueblos indígenas tienen el derecho de que se preserve su identidad cultural, se refiere a esas características distintivas que son necesarias para que los miembros de

---

[71] *R.* v. *Gladstone* (traducción libre).

[72] *R*. v. Van der Peet en 554. La prueba previa al contacto ha sido severamente criticada en Canadá (en *Van der Peet* hay dos opiniones discrepantes). Sin embargo, el propósito aquí no es hacer referencia a dicho problema. No obstante, se debe acotar que la Corte Suprema de Canadá en *Delgamuukw v. British Columbia* dijo: "La aplicación concreta del primer principio puede encontrarse en Van der Peet, donde traté las dificultades inherentes a la demostración de una continuidad entre las actividades aborígenes actuales y las prácticas, costumbres y tradiciones de las sociedades aborígenes previas al contacto. Según reitero a continuación, el requerimiento para la continuidad es uno de los componentes de la definición de derechos aborígenes (aunque, según explico a continuación, en el caso de títulos, el asunto es la continuidad a partir de la soberanía, no el contacto). Sin embargo, dado que muchas sociedades aborígenes no llevaban registros escritos en el momento del contacto o de la soberanía, sería sumamente difícil para ellas producir (en el parágrafo 62) "evidencia concluyente de tiempos previos al contacto sobre las prácticas, costumbres y tradiciones de su comunidad en 1066". (Traducción libre). Es importante recordar que la Corte Suprema de Canadá estaba estableciendo los límites de los derechos aborígenes *en Canadá*, por lo cual es posible decir, que la Corte no está eliminando la posibilidad de considerar la práctica, costumbre o tradición como derecho cultural, sino solamente como derecho *aborigen*, conforme el derecho constitucional canadiense.

las etnias puedan desplegar los cometidos que les confieren identidad. Esas características deben ser distintivas de la cultural particular en cuestión, pero pueden ser el resultado de cambios sufridos por dicha cultura producto de su contacto con otras sociedades.

CONCLUSIÓN

Los derechos de las minorías culturales se basan en el valor de la pertenencia cultural. La cultura otorga la posibilidad de dar fundamento a las decisiones de vida y forma el marco dentro del cual tales decisiones adquieren sentido. Por ello, la preservación de la cultura es un interés que justifica la imposición de deberes a otros. Ese interés es compartido por los miembros del grupo y constituye, lo que se ha llamado un bien público participativo, capaz de dar fundamento a un derecho.

Los miembros de las minorías culturales tienen el derecho de preservar su comunidad y de que el Estado les preste ayuda y apoyo en esa tarea. No es suficiente garantizar la libertad de asociación, pues aun en sociedades democráticas, ciertas decisiones políticas afectan a grupos de ciudadanos por causa de su pertenencia cultural. Tales decisiones no son, necesariamente, culturalmente imparciales, sino que pueden reflejar el criterio moral o los ideales morales de la mayoría en detrimento de las minorías culturales. Por esta razón, es necesario otorgar derechos diferenciales a las minorías culturales para protegerlas de las decisiones mayoritarias que afectan su comunidad.

Sin embargo, los derechos de las minorías culturales deben balancearse con los derechos individuales de sus miembros, para que éstos puedan tener protección frente al grupo en caso de abuso o de imposición de deberes no deseados. El derecho de discutir y rechazar la moral, los valores y los patrones de vida sostenidos por el grupo minoritario, es parte integral de la dignidad personal y debe estar garantizado. El problema surge cuando el grupo reclama su autonomía y solicita que no se le impongan valores extraños a su cultura, cuando ésta no comparte los valores liberales que sustentan los derechos individuales fundamentales como el derecho de disentir. Esta situación se resuelve, en los sistemas constitucionales, a través del reconocimiento de los derechos a todos los ciudadanos sin distinción. Pero queda abierto el problema básico de la imposición de valores extraños a culturas diferentes.

En Venezuela se han reconocido derechos de minorías culturales a los pueblos indígenas en la Constitución de 1999. Esos derechos derivan de la posición de los pueblos indígenas venezolanos como ocupantes ancestrales del territorio

nacional y como culturas independientes y diferenciadas, es decir, están basados en el valor de la pertenencia cultural y se desarrollan a partir de ella. El consentimiento otorgado por los pueblos indígenas a los derechos indígenas, garantizados en la Constitución, implica la aceptación del sistema de soberanía y gobierno establecido en la misma y la creación de una nueva esfera de competencias en el ordenamiento constituida por el derecho indígena. No obstante, la tarea de llevar a cabo las ideas expresadas en la Constitución sobre los derechos de los pueblos indígenas aún espera por su realización.

Narraciones filosóficas

Omar GARCÍA VALENTINER*

SUMARIO:

Introducción
1. **El conocimiento filosófico.**
2. **Filosofía teorética y filosofía práctica.**
3. **Las escuelas filosóficas en la historia.**

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

De Juan Bautista Fuenmayor se puede decir que fue varias cosas. Un luchador, miembro de una notable generación, un educador, un notable abogado, un conspicuo historiador, un venezolano insigne y un pensador. Y no sólo fue todo eso, sino que supo amalgamar todos esos roles en ideas, en análisis, en proyecciones que se tradujeron en hechos transformadores de Venezuela, tanto en su política como en su Derecho. Los que vinimos después de él nos pudimos nutrir de esa producción; de allí aprendimos, y como le había pasado a él antes que a nosotros, cimentamos apreciaciones y derrumbamos prejuicios nocivos. Y aunque

* **Tribunal Supremo de Justicia**. *Sala de Casación Social*, Conjuez.

aquí no se trata de adular a quien le molestaba que le adularan, sí se trata de reconocer como él fue instrumento de las circunstancias, tubo conductor de las enseñanzas de sus antecesores e hijo de su tiempo. Porque al final, quizá sin buscarlo, Juan Bautista Fuenmayor terminó siendo un sabio.

El presente ensayo trata de pasear al lector por la evolución histórica de la discusión filosófica para hacer asimilar ese bagaje en el anhelo desvelado de comprender la filosofía del Derecho, no ya como una parcela solitaria en el mundo donde se buscan respuestas, sino más bien y sobre todo como un universo donde la filosofía es una sola.

1. EL CONOCIMIENTO FILOSÓFICO

Así como el maestro Fuenmayor nos enseñó, existen dos modos de conocer: el del hombre vulgar y el del sabio. No se trata, sin embargo, de una diferencia emanada de la naturaleza del objeto, sino del modo peculiar que ambos tienen para conocer. En el primer caso, se trata del conocimiento superficial y aparente de las cosas, en tanto que en el segundo, se trata de conocimiento mediante el dominio de las leyes de la naturaleza. Por ejemplo, todos sabemos que una mitad del día transcurre bajo la luz solar, y la otra mitad en la oscuridad. El sabio sabe, además, por qué ocurre este fenómeno y por qué su duración es de cierta magnitud, variable durante el año. Conoce la órbita de la Tierra, la velocidad de rotación y traslación de ella alrededor del Sol y, en general, todo cuanto se relaciona con esto. El conocimiento vulgar se nos presenta así como algo en bruto, de manera opaca, obvio y banal. Pero el conocimiento científico es racional, coherente, concatenante; sin embargo, puede no ser global: puede verse el árbol y analizarlo y encontrar razones, pero no se observa el bosque donde está el árbol.

El conocimiento científico es superior al vulgar, porque se refiere a las causas determinantes, y a las leyes que rigen a los fenómenos en tanto que el vulgar no nos explica nada. Ello estriba en que el conocimiento científico se refiere a la conexión que la cosa tiene con algo distinto de sí misma, de modo que la cosa sale fuera de sí y se une a otra. La inteligencia humana elevada busca la causa y la descubre.

Pero el conocimiento global es aquel que hace al sabio: aquí se trata de la explicación de las cosas por su relación con la totalidad, con el universo, con los otros objetos y las otras personas. Un científico puede decir que la noche es la ausencia de luz o la rotación de la Tierra, pero un sabio puede ver en la noche un ciclo, una expresión de las contradicciones de la vida y de allí apren-

der que en la vida nada permanece y todo tiene su momento y encontrar explicaciones para otros hechos no relacionados. Por eso, con frecuencia, la filosofía se asocia con la sabiduría, pero son diferentes.

2. FILOSOFÍA TEORÉTICA Y FILOSOFÍA PRÁCTICA

La Filosofía ha sido dividida en teorética y práctica. La primera se refiere al ser y al conocer; y la segunda al obrar. Tradicionalmente la filosofía teorética comprendía la ontología o metafísica, la teoría del conocimiento o gnoseología, la lógica, la estética y la filosofía de la historia. En cambio se ha asignado a la filosofía práctica el estudio de los principios en que se funda la conducta humana y se le ha dividido en filosofía moral y filosofía del Derecho.

De este modo los filósofos consideran a la filosofía del Derecho como la rama de la filosofía práctica que estudia los primeros principios en que se funda el Derecho, esto es, los ingredientes universales que han concurrido en el Derecho, su estudio lógico, las causas de su nacimiento y transformación. Trata, pues, la filosofía del Derecho de llegar a una explicación unitaria e integral de la esencia misma del Derecho.[1] Por ejemplo, la dicotomía entre justicia y Derecho o el nacimiento u otorgamiento de los derechos. Pero por pueril que a algunos les puedan parecer las disquisiciones filosóficas atinentes al Derecho, ellas han tenido un impacto práctico, como se puede ver en las disposiciones legales relativas a la preeminencia del fondo sobre la forma de los hechos.

Pero al lado de la filosofía del Derecho está la ciencia Jurídica que también estudia el Derecho, pero lo hace en sus aspectos particulares, esto es, estudia el Derecho positivo vigente en un país determinado, como por ejemplo el Derecho venezolano actual. Para realizar este estudio, la ciencia de la jurisprudencia (en algunos casos) desmenuza el sistema jurídico en cada caso concreto para analizar cada una de sus ramas: Derecho Público, Derecho Civil, Mercantil, Penal, Trabajo, Administrativo, Constitucional, etc., pero tomándolas siempre como parte de una unidad, es decir, como parte de un sistema jurídico completo, que no debe tener contradicciones en sí mismo y que por el contrario mantiene multitud de conexiones, de acciones e interacciones entre todas sus partes. De allí surge la hermenéutica jurídica. Y ser hermeneuta no es otra cosa que pretender abrazar a la globalidad del Derecho y conectarlo con una rama en particular o con un asunto específico dentro de esa rama. Por ello la hermeneútica jurídica requiere de la filosofía.

[1] Fuenmayor, Juan Bautista: *Historia de la Filosofía del Derecho*, año 1974, pp. 11-18.

Sin embargo, no toda interpretación del Derecho es hermeneútica; existen diferentes corrientes con respecto a la interpretación que se le ha querido dar a las causas que han originado el Derecho y las que concurren a su transformación. Así, se ha estudiado las relaciones entre Derecho y la Moral, entre el Derecho y el Estado, la relación jurídica, el sujeto de Derecho, el análisis de las características internas del Derecho, sobre todo el principio de la coercibilidad y de la coactividad.[2] Algunos tratadistas, entre otros Del Vecchio, consideran que el Derecho es un producto necesario de la naturaleza humana, para lo cual acoge la formulación de Vico de que el fundamento del Derecho debe ser buscado en la mente humana, considerándolo como un fenómeno del espíritu. Otros tratadistas, por el contrario, lo consideran como un fenómeno histórico de la sociedad, producido por lo que ellos llaman "*el espíritu del pueblo*" o "*espíritu objetivo*".[3] Tal es el punto de vista de la Escuela Histórica del Derecho y también de Hegel y Schelling.

Otros lo consideran como expresión de la voluntad de la clase dominante que está condicionada por las relaciones básicas (fundamentalmente económicas) de la sociedad. Es el punto de vista del materialismo histórico.

3 LAS ESCUELAS FILOSÓFICAS EN LA HISTORIA

Pero antes de la filosofía del Derecho hubo filosofía del hombre. La primera se nutrió de aquélla para luego volverse una y toda. Así, los grandes filósofos antiguos y medievales, que contribuyeron a la filosofía del Derecho fueron entre otros los sofistas y luego los griegos como Sócrates, Platón y Aristóteles.

Del Vecchio considera que Sócrates se refería no a lo irracional, intuitivo, que lleva por dentro, sino que su demonio interior era la diosa "*razón*". Porque fue el abanderado de la "*razón*". Su decantada irreligiosidad no era otra cosa que el empeño en tratar de hacer racional a la religión. En tal virtud, fue un tenaz adversario de la concepción materialista del universo. Sócrates no dejó nada escrito, pero sus enseñanzas fueron recogidas por sus discípulos y amigos. Es así como conocemos el método y la doctrina de Sócrates, a través de los diálogos de Platón, de las memorables de Jenofonte y por Aristófanes. Según Jenofonte, Sócrates es un moralista que aconseja hacer el bien a los amigos y el mal a los enemigos. Como nos sucede a todos fue visto por sus semejantes como bueno y como malo según las circunstancias, y sus enemigos lo llevaron a ser condenado a morir por la cicuta que pronunciaron los jueces contra él. Su

[2] Del Vecchio, Giorgio: *Filosofía del Derecho*, año 1960.
[3] Hegel, F.: *Lecciones sobre Historia de la Filosofía*. Tomo II.

defensa fue una reiteración de su filosofía y de su ética que no satisfizo a los jueces ni a sus enemigos.

Después surge el helenismo, el cual se caracterizó por una nueva escuela que se erige para diferenciar el período griego, pero que en el fondo era una mezcla entre el griego y el romano de un período distinto descendente en que los filósofos apuntan hacia otros objetivos distintos, aunque estos filósofos pertenecen todavía al mundo helénico y sus grandes maestros son todos griegos. Epicuro fue su máximo representante en el período helenístico de la tendencia materialista.[4] Epicuro trataba de establecer como objetivo filosófico el conocimiento de las leyes que rigen a la naturaleza, para asegurar a los hombres una vida feliz, pero se opuso a los sofistas retóricos de la última época y combatió abiertamente el platonismo, al igual que combatió la parte idealista de Aristóteles y divide así la filosofía en física, canónica y ética.

La ciencia epicúrea fue coronada con una teoría cosmológica que hablaba de "*la eternidad e infinitud del universo*", según la cual hay infinitos mundos, semejantes o disímiles al nuestro. Lo cual de alguna forma llevó al inicio de la teoría del Contrato Social para explicar el origen del Estado, cosa que fue desarrollada muy posteriormente por otros filósofos y que culminó con la formulación hecha por Rousseau.

La patrística, posteriormente, es la filosofía del cristianismo que se diferencia básicamente de la griega porque introduce el elemento de la revelación que aparece como fuente de algunas verdades cristianas y que es presentada en armonía conjuntamente con la razón, de manera que se nos aparece como la continuidad, de cierto modo, del pensamiento clásico de la Antigüedad. La patrística abarca un período que ocupa cuatro siglos y termina con la muerte de San Agustín. Los apologetas más importantes fueron Justino, Tertuliano, Arnobio, Lactancio, San Cipriano y San Agustín, su último predicador y defensor, cuya obra más bien fue un repertorio de escritos, en los cuales el interés filosófico se encuentra mezclado con toda clase de problemas de la vida. De sus obras se desprende que para él la filosofía tiene un doble objeto: Dios y el alma, solamente.[5] En ellas afrontó problemas filosóficos a medida que se presentaban asuntos inherentes a la teología. Según él, el hombre es el centro de la filosofía, pero considerado en relación con su hacedor, es decir, Dios.

[4] Fuenmayor, Juan Bautista: *Historia de la Filosofía del Derecho*, año 1974, pp. 11-18.
[5] Hegel, F: *Lecciones sobre Historia de la Filosofía*. Tomo III.

San Agustín dejó continuadores tales como Isidoro de Sevilla, cuyas opiniones jurídicas fueron en parte incorporadas al *Decretum Gratiani*, que es la parte más antigua del *Corpus Iuris Canonici.* Isidoro decía:

> Todas las leyes son divinas o humanas. Las divinas se fundan en la naturaleza; las humanas en las costumbres, y éstas difieren entre sí porque los distintos pueblos han preferido distintas leyes.

Para los padres de la Iglesia el Derecho natural podía ser absoluto o relativo, según la concepción estoica que ellos adaptaron a los dogmas de la religión cristiana.

Anselmo, Arzobispo de Cantorbery (1033-1109) se apoyaba en Platón y en San Agustín más que en Aristóteles. Fue el autor de la famosa frase: "*No pretendo entender para creer, sino creer para entender*". O sea que daba predominio a la verdad de fe sobre la verdad de razón.

Santo Tomas de Aquino, profesor de teología de la Universidad de París, trata de adaptar la filosofía griega de Aristóteles al punto de vista cristiano. Recuérdese que San Agustín trataba de adaptar las concepciones platónicas del universo y había dejado muchas lagunas, incertidumbres y contradicciones, pero no se apartaba de las dogmáticas cristianas. Por el contrario, las reafirmaba. Es así como la Iglesia después de unos decenios de desconfianza, terminó a fines del siglo XIX, en el pontificado del Papa León XIII decretando que la doctrina de Santo Tomás era la única filosofía verdadera de la Iglesia católica.

La filosofía de Santo Tomás se basa en la metafísica de Aristóteles; en la filosofía de San Agustín, por cuanto tiene por objeto la contemplación del ser supremo; contiene elementos de la filosofía platónica y neoplatónicos. Dios creó el hombre "*a imagen y semejanza*"; vive en el centro del cosmos, en la tierra inmóvil, y todo cuanto existe se adapta a él, positiva o negativamente. Esa es la filosofía y la teología de Tomás de Aquino.

Después de este período surge el Estado y la Iglesia, para darle entrada a posteriore al Renacimiento que se origina en Italia, siendo su cuna la parte del Norte la República Industrial de Florencia. De allí hubo de ser esparcido a toda Europa occidental. Italia se encontraba a la cabeza de Europa en todas las expresiones de la cultura: en el arte, la poesía, la filosofía, la pintura y las ciencias naturales. La filosofía del Renacimiento careció de rigor y precisión. No hubo filósofo de la época que estudiara la condición y situación ontológica de este nuevo mundo en que vivía el hombre racional, alejado de Dios. Descarte es posterior, y es él quien repensará los nuevos supuestos. Metafísicamente no pertenece al Renacimiento, sino a la filosofía moderna. Diferentes pensado-

res trajeron puntos de vistas nuevos sobre el Derecho y sobre el Estado. Trataban de afianzar el principio de soberanía del Estado, algunas veces a costa de los derechos democráticos del pueblo, como era el caso de los escritores absolutistas. Al igual que escritores partidarios de la democracia liberal no se veía al Derecho como fundamentado en la teología, sino basado en la naturaleza racional del hombre. Los representantes de este punto, Nicolás Maquiavelo y Juan Bodino, Thomas Moro y Tomas Campanella, si bien no pueden ser considerados como filósofos juristas, escribieron sobre tópicos del Estado, según el nuevo método que se iniciaba.

Nicolás Maquiavelo, nacido en Florencia-Italia, estuvo cerca del Rey Luis XII de Francia y luego al producirse la restauración de los Medici fue desterrado. De todas las obras de Maquiavelo la que le dio celebridad fue *El Príncipe* porque hace un vivo cuadro de las prácticas políticas de la época que se mantienen vigentes. Es un libro de obligatoria consulta para políticos, ya que analiza y justifica el comportamiento humano, aunque contrario a toda moral individual. Para Maquiavelo, ni la bondad ni la maldad están determinadas por principios morales en el campo de la política. Para él lo más importante es la Patria. Vivía preocupado por el espectáculo de Italia, que estaba constantemente invadida por extranjeros. Decía: "*la patria es sagrada, superior a la moralidad y a la ley*". Incluso afirmaba que todas las acciones motivadas por la patria eran lícitas, hasta aquellas acciones que constituyeran delitos en el individuo. Los deberes para con la patria son superiores a los mandatos de la moral y de la religión, que en verdad para él no son más que un instrumento político al servicio de la grandeza de la patria.

En *El Príncipe* indica:

> He oído decir que la historia es maestra de nuestras acciones, sobre todo las de los príncipes, porque el mundo ha sido siempre habitado por hombres que tienen las mismas pasiones y siempre hubo quien sirve y quien manda, y quien sirve mal y quien sirve bien, y quien se rebela y es reprimido.

Sus escritos fueron más políticos que filosóficos. Y en general el Renacimiento se destacó más por su pintura, escultura y cultura, que por la filosofía.

Posteriormente Juan Bodino trabajó para lograr una síntesis de lo ideal y de lo real, suprimiendo las diferencias y conservando las relaciones características comunes. Intentó conciliar las aspiraciones ideales con las exigencias de la realidad. Bodino ha sido considerado como el formador de la moderna filosofía política sobre el Estado soberano. Incorporó nuevos conceptos sobre el Esta-

do, tales como: el Poder, la Soberanía, el Gobierno, la Delegación, la Comisión, la Magistratura, etc.

Bodino definió al Estado como:

> El recto gobierno sobre una reunión de muchísimas familias y de lo que les es común, con potestad soberana. La justicia natural se practica por medio de la equidad, que es el término medio entre el rigor y la misericordia, el poder debe ser lícito y ajustarse al Derecho.

Por último, en estas narraciones debo traer algunas citas de un maestro y filósofo venezolano coterráneo del profesor Juan Bautista Fuenmayor, como lo es el doctor José Manuel Delgado Ocando.

Delgado Ocando nos describe la Filosofía del Derecho como una rama de la Axiología, cuyo objeto es estudiar la teoría del valor jurídico. Daría lugar a dos investigaciones básicas: la ontológica y la axiológica. La primera describiría el dato jurídico en su dimensión "*eidética*", en forma neutra; en tanto que a la segunda correspondería hacer el análisis crítico del dato conforme a la dirección filosófica que profese el investigador. Pero Delgado Ocando considera que ambas investigaciones deben realizarse en forma integral y no separadamente. La Filosofía del Derecho se resuelve, pues, para Delgado Ocando, en una "*crítica cultural de los valores*".

En resumen, para Delgado Ocando la Filosofía del Derecho es

> la disciplina que intuye la esencia del valor jurídico, según un doble proceso de intuición emocional y de investigación empírica (sentimiento puro y conciencia descriptiva del dato), determinado así (vivencia de la juricidad de la conducta conforme a la norma del ideal) la adecuada aplicabilidad de los preceptos jurídicos a las relaciones humanas externas.[6]

Igualmente indica Delgado Ocando, que

> una filosofía fenomenológica auténtica, que quiera ser aplicada al mundo del Derecho, no puede contentarse con ver la institución en su momento abstracto, sino que tiene que sorprender su momento axiológico, su momento vital. Esto significa, por supuesto, una supe-

[6] Delgado Ocando, José Manuel: *Lecciones de Filosofía del Derecho*. pp. 136.

ración notable en la manera como Reinach ve los problemas jurídicos, porque asimilar el Derecho a una esencia ideal, abstracta, significa mutilar el Derecho.[7]

CONCLUSIONES

Conocer es una necesidad humana. Conocer de sí mismo es una necesidad ontológicamente conectada a aquélla. Pero conocer el origen, la razón de las reglas, de las instituciones, del poder, del Estado y del orden que se desarrolla cuando los seres humanos conviven e interactúan es no sólo una necesidad sino un deber. De encontrar la razón de ser del orden social y de las reglas humanas los hombres pueden por un lado comprender introspectivamente el cumplimiento de patrones de conducta, respetar las esferas de los derechos ajenos y ceder voluntariamente parte de sus derechos para el mantenimiento del orden y la aceptación de la coercibilidad y por otro lado los encargados de interpretar ese orden y esas reglas pueden contar con una valiosa herramienta que les permita tomar decisiones cónsonas con ese orden global al que todas las cosas y todos los seres pertenecemos. Pero el Derecho, como el hombre y su sociedad no es un concepto estático, sino uno en movimiento y susceptible de ser influenciado por quien ostenta el poder, pero también por quien controla la economía. Por eso hace unos años se hablaba del Derecho como obstáculo al cambio social, tal y como lo hizo Novoa Monreal en Chile y ahora se habla del análisis económico del Derecho como lo ha venido sosteniendo Coase desde Chicago. Porque así como las explicaciones del Derecho no pueden estar aisladas de las explicaciones del hombre, tampoco lo pueden estar de los aspectos de la vida societaria como lo son el social, el político y el económico. En consecuencia, para explicar el orden social y sus reglas dentro de ese gran concepto que se llama Derecho hay que conectarse con el universo humano, pero no sólo en el tiempo actual sino en su antecedente histórico y en su proyección futurista. Porque sólo observando, sólo haciendo, sólo atreviéndose a la aventura de arriesgar, sólo contemplando la naturaleza y las manifestaciones humanas, sólo viendo el todo y no la parte, sólo viendo al Derecho en dinamismo y como representación de un orden de cosas superiores, sólo así puede el filósofo del Derecho dar ese salto cualitativo y pasar de ser un mero pensador de una rama del conocimiento a ser un sabio. Juan Baustista Fuenmayor lo logró y por eso aquí le rendimos un homenaje.

[7] Delgado Ocando, José Manuel: *Historia de la Filosofía del Derecho*. pp. 126.

De la crisis de la cultura a la cultura de la crisis: Prolegómeno para un estudio de la cultura (en la Venezuela contemporánea)

Aníbal GAUNA P.*

Nosotros abrimos las sucesivas puertas del castillo de Barba Azul porque las puertas "están allí", porque cada una conduce a la siguiente en virtud de una lógica de la intensificación que es la intensificación de su propia conciencia que tiene el espíritu... Somos cazadores que vamos tras la realidad cualquiera sea el lugar a que ésta nos pueda llevar.

George Steiner, *En el castillo de Barba Azul*

Sólo al que crea algo le es dado trasladar esa lucha demoníaca desde los oscuros repliegues de su sentimiento a la luz del día, al idioma.

Stefan Zweig, *La lucha contra el demonio*

SUMARIO:

1. La crisis como crisis cultural.
2. La tragedia de la cultura.

* **Universidad Católica Andrés Bello,** Investigador del Centro de Estudios Filosóficos. Profesor de las Escuelas de Ciencias Sociales, Derecho y Educación. **Universidad Central de Venezuela,** Aspirante a Magíster en Filosofía y Ciencias Humanas.

3. Civilización y cultura.
4. Poscultura.
5. Cultura y discurso.
6. Cultura y estrategias de acción.
7. Algunas conclusiones preliminares para un breve tanteo exploratorio en el estudio de la cultura en Venezuela

1. LA CRISIS COMO CRISIS CULTURAL

Un día de la infancia, el juego acostumbrado, ritual llevado a cabo en el desorden perenne, fue interrumpido por el alboroto causado por el televisor encendido. A través de una cadena de radio y televisión, el Presidente de la República se dirigía al país para anunciar una profunda devaluación de la moneda nacional y las muy estrictas medidas respectivas para paliar semejante situación. Mis padres y otros mayores presentes reaccionaban ante la noticia con expresiones que, si bien no son fáciles de recordar con precisión, eran indicadores inequívocos de preocupación y sorpresa. Esa sorpresa de quien sabe lo que viene pero no puede aceptarlo (o comprenderlo) del todo. Corría el mes de febrero del año 1983.[1]

Superior al desconcierto por los tecnicismos políticos y económicos de la ocasión, era la impresión por la 'angustia' que la noticia causaba. Entonces se ancló en la memoria por vez primera, y determinante, aquel término tan supino: *crisis*. En aquellos días, la inocencia se convirtió en óbice para que pudiera, no digamos pensar, sino ni siquiera imaginar que ese alboroto sería en adelante la señal de los tiempos que recorrerían mi propia biografía hasta el presente. Eran tiempos de *crisis*.

La siguiente estación en este recorrido puede ser graficada por medio de una de mis memorias más curiosas de aquellos días. Como otras mañanas, me desperté y vestí para ir al colegio, a unas cuadras de mi casa. Algo irregular había ocurrido la noche anterior, pero las noticias por alguna razón no habían sido captadas en mi casa en toda su magnitud. Al salir, mi impresión fue la de andar por un pueblo fantasma, '*como en las películas*'; los rastros de lo ocurrido estaban por las calles. Evidentemente hacía el recorrido a pie, pues era imposible que algún vehículo transitara por la avenida. Una cuadra antes de llegar al colegio, y este es el dato relevante, la caja registradora de una panadería cercana, estaba tirada entre otros muchos desperdicios. Vaciada y deforme, nuestra

[1] Podría decirse que la primera gran crisis registrada en los últimos años en Venezuela, fue la llamada *Crisis de los precios del petróleo* del año 1978. Empero, nuestra memoria histórica puede recordar efectivamente a partir de la que fechamos en 1983. Es fácil especular sobre el hecho de que la primera pulula, calladamente, en la segunda.

protagonista momentánea, tenía como fondo un kiosco de periódicos absolutamente devastado. Era la mañana del 28 de febrero de 1989.

De la siguiente estación, la tercera, recuerdo las llamadas de familiares y amigos para avisar que no saliéramos de casa, y que encendiéramos la tele. Ese 4 de febrero de 1992, las imágenes de guerra llenan los recuerdos. Al punto de que entre este día y el 24 de noviembre del mismo año, las diferencias en la subjetividad de mis recuerdos son exígües: parecían más bien dos estadios distintos de una misma guerra. Cuarta estación: el año 1998 gana las elecciones Hugo Chávez. En adelante y hasta hoy la *crisis*, con independencia relativa a la postura política, es cuestión natural y casi cotidiana. Como sociedad nacional, nuestra claridad más o menos explícita, respecto a los factores detonantes de la crisis, al parecer no han podido evitar su progresión y generalización relativa.

Antes de seguir adelante, debemos proponer una definición de *crisis*:

> La crisis no es más que la manifestación instantánea, sorpresiva y violenta de procesos que han venido incubando en las sociedades a través de años, y en ocasiones de siglos, y que se proyectan también, quién sabe por cuantos años, hacia el futuro.[2]

El relato es bien conocido por todos los contemporáneos. Pero quisiera destacar tres detalles que no están expuestos de manera explícita en el relato de los acontecimientos. En primer lugar, un resultado de todo esto, podría decirse, es *la conciencia de la crisis*: ¿cómo es posible que exista algo así como un '*relato de una crisis*', y por tanto un 'orden' en ésta?[3] Existe, sin embargo, y en segundo lugar, una cuestión previa en sentido cronológico a la conciencia de la crisis. Evidentemente es la crisis misma. ¿Qué significa la crisis en Venezuela? La cualidad específica de este proceso de crisis y conciencia de crisis, ¿cómo puede asirse la crisis por nuestra conciencia de la misma? O más aún: ¿cuál es el significado y el sentido de nuestra conciencia de la crisis de la sociedad

[2] Manuel Caballero. *Las crisis de la Venezuela contemporánea,* Monte Ávila Editores, Caracas, 1999, pp. 10-11. Poco más adelante, Caballero añade cinco condiciones de lo que sería un modelo de crisis: "a) *Se trata de un momento crucial*... b) *Es el paso de una situación de normalidad a una de anormalidad*... c) *Para que una crisis pueda considerarse tal, es necesario que los cambios que produzca sean irreversibles*... d) *La cuarta condición es la ubicabilidad temporal de la crisis*... e) *Finalmente, las crisis... son parciales*..."; pp. 10-11. Con nuestro relato introductorio, se han cumplido estas condiciones, excepción hecha de la condición b, que requiere de algunas precisiones.

[3] Si puede ser convertido en relato tiene sentido y, por tanto, algún orden.

venezolana de los últimos veinticinco o veintiséis años?[4] La(s) crisis es(son) vivida(s) en una dimensión que no es estrictamente económica: así por ejemplo, por más que se use la pobreza como argumento a favor de la perspectiva económica de la crisis, no era propiamente una hambruna lo que ocurría en nuestra sociedad. Un haz de dimensiones se cruzan a este respecto: la historia social del Estado venezolano, así como la configuración de la economía y de la sociedad rentistas; la configuración emocional de los sujetos para que la recepción de las crisis fuese la que fue; la constitución de la crisis en tanto que tal crisis, así como la temática de la pobreza como instrumento político; las variables propiamente económicas como la inflación o el gasto público; y así sucesivamente. Finalmente, en tercer lugar, ¿cuál es el nudo que ata el relato?, ¿en dónde se imbrican los acontecimientos? ¿Qué establece las conexiones entre los aspectos políticos, sociales, económicos, etc.? La hipótesis que quisiera manifestar es que el *nudo gordiano* en el que se enlazan estos acontecimientos es *la cultura*. El objeto cultural 'crisis', es precisamente el lugar en el que estas distintas situaciones se superponen. Hablar de una 'crisis de la cultura', significa que las formas de vida predominantes, o bien generan incapacidad de los sujetos para readaptarse a nuevas situaciones; o se producen cambios en la configuración perceptivo-relacional-emocional de los sujetos, cambios que hacen que las formas de vida de siempre parezcan 'insuficientes', 'inadecuadas', etc.; o bien que las situaciones parezcan inmanejables con las costumbres que se mantenían hasta el momento. Es este el motivo por el cual la perspectiva se hace inevitablemente transdisciplinaria.

Estas interrogantes son la fuente de inspiración. En el presente trabajo quisiera simplemente dejar sugerida una serie de inquietudes cuya pretensión es, ante todo, transitoria. El carácter transitorio del texto, por otra parte, no debe hacernos perder de vista el objetivo principal del mismo: proponer un modesto cinturón de hipótesis para comprender las crisis de la sociedad venezolana contemporánea. Creo que en este recorrido pueden detectarse ciertas 'crisis' con su autonomía propia: 'crisis económica', 'crisis social', 'crisis política', etc. Dado su estatuto autónomo, ellas pueden ser estudiadas por derecho propio en cuanto tales crisis. Sin entrar ahora en una explicación de mayor envergadura que excede el espectro de este trabajo y que, en todo caso, sería meritoria por las

[4] Un estudio que pretendiera dar respuesta cabal a estas interrogantes, excedería con mucho a las ambiciones aquí propuestas. Pero sin embargo, ellas han de ser conocidas por el lector al momento de entablar el diálogo imaginario que se desenvuelve en la lectura. Ellas son las que dan sentido y dirección, vigor y valor, a la cuestión central del presente trabajo.

dimensiones de la problemática sugerida hasta aquí, nuestra apuesta al tratar de comprender el núcleo histórico de estas cuestiones, se materializa en la noción de *cultura*. Empero, y éste sí es el punto decisivo para las líneas que siguen a continuación, desde nuestro punto de vista es insatisfactoria la visión de la cultura que la concibe solamente como productos del espíritu humano ajenos a las estructuras sociales, cuando cabe concebirla también como un modo de aproximarse al estudio de las estructuras sociales. De esta insatisfacción, transformada en *perplejidad*, brota esta sucinta aproximación que ahora presentamos.

Si las *crisis de la Venezuela contemporánea,*[5] pueden comprenderse desde el punto de vista cultural, este punto de vista ha de ser elaborado, problematizado, profundizado, dado que no es en lo absoluto evidente *cuál es ese punto de vista*. Pues incluso las prácticas económicas (por ejemplo: el significado del rol del 'gestor', etc.) han de poder entenderse desde esa perspectiva. En este caso que presentamos, un marco general puede ser entendido simultáneamente como una *antropología de los hombres concretos*. Al mismo tiempo, puede entenderse este marco general como un ejercicio práctico de transdisciplinariedad: diversas disciplinas se integran, desde adentro del mismo objeto de estudio. La yuxtaposición de las miradas lanzadas al objeto no son alternativas, sino que se convierten en una sola, unificada por el conjunto de problemas propuestos.

En este prolegómeno teórico, seis son las paradas que nos proponemos transitar. Para empezar, debemos dar cuenta del problema filosófico de la cultura que Georg Simmel planteara a principios del siglo XX, y que denominó *la tragedia de la cultura*. A continuación, una solución histórica a la problemática que Simmel plantea nos lleva a explorar el territorio de *cultura y civilización*, con la guía del sociólogo alemán Norbert Elias. En tercer lugar, exploraremos el marco general de la discusión acerca de la civilización, hoy; el crítico literario inglés George Steiner será nuestra base. Cuarto, una presentación de la relación entre cultura y lenguajes, que tiene entre otros protagonistas al pensador francés Michel Foucault. Quinto, una perspectiva acerca de la cultura que la concibe como estrategia, siguiendo la propuesta de la socióloga norteamericana Ann Swidler. Finalmente, un paso más, pequeño, aún exploratorio y, como ya dijimos, a todas luces transitorio, es el que nos llevará a dar cierre a este prolegómeno transdisciplinario al estudio de la cultura en Venezuela.

2. LA TRAGEDIA DE LA CULTURA

[5] Parafraseando al acertadísimo título de Manuel Caballero: *Las crisis de la Venezuela contemporánea*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1999.

Hace mucho que la vida cultural del hombre es interpretada en términos de una pérdida, o cuando menos de una caída: el hombre ha cometido el pecado original, y al hacerlo, ha perdido su lugar en el paraíso. Desde esta perspectiva, toda la vida humana no es otra cosa que el tránsito en busca de la reconciliación con esa unidad perdida del hombre con Dios. Unidad alcanzable sólo en la muerte. La primera gran respuesta a ese desconcertante fenómeno que significa el distanciamiento, la brecha entre el hombre y su vida inmediata, fue de tipo religioso.[6] La explicación a esta insalvable distancia se hallaba en que la unidad del hombre con la naturaleza, y por tanto con Dios, la unidad del ser, fue rota por el pecado original. Había que volver a allí, a la quietud y espontaneidad de lo natural. Pero esta explicación metafísica, con el desarrollo de la filosofía y de las ciencias, se hizo también explicación epistemológica: la unidad de sujeto de conocimiento-objeto conocido, es la que se ha quebrado (o que en todo caso, hay que explicar). Si a este respecto, el punto de partida es el individuo social, la persona en su existencia social, entonces la problemática se desplaza desde la teología y la epistemología hacia una 'ontología del ser social'.[7]

En un ensayo titulado *El concepto y la tragedia de la cultura,*[8] desde hace ya cierto tiempo 'clásico' a este respecto, Georg Simmel exponía su teoría de la cultura, como una propuesta de este tipo de ontologías: el hombre es un ser social, en tanto que es un ser cultural. En primer lugar, por cultura hay que entender una situación de existencia en el mundo material que está, sin embargo, en franca contraposición a la existencia inmediatamente natural. Los seres que no viven inmediatamente en 'lo natural' son seres que habitan mediatamente 'en la cultura'. De esta contraposición originaria proviene, a su vez, un desnivel óntico: el ser que se separa de la naturaleza se convierte en sujeto, esto es: sujeto de su propia existencia. Se ve obligado a producir su propia vida, y a producirse a sí mismo en tanto productor.

En consecuencia, sólo existe sujeto cuando existe cultura, y viceversa. Ser sujeto es ser un *ser-de-cultura*. Sin que por otro lado esto implique el abandono de la existencia *'en'* lo natural. Lo que sí implica es la generación de mediaciones. Un ser que vive en lo natural, pero no de manera inmediata, se define en

[6] Detenernos en esta líneas en la cuestión de la respuesta religiosa a la existencia humana nos alejaría demasiado de los objetivos propuestos. Más aún lo sería si hablamos de *las* religiones en plural.

[7] Es evidente que esta expresión es propia de los enfoques en ciencias sociales que emergieron con el marxismo. Lo que no es tan evidente, es que dicha expresión haya de permanecer atada a aquellos en sentido estricto.

[8] En Georg Simmel. *Sobre la aventura. Ensayos filosóficos*, Península, Barcelona, 1988.

sus características específicas a través de las mediaciones que antepone entre sí mismo y *lo natural*, y al hacerlo se produce a sí mismo en tanto que sujeto. En su relación con la naturaleza, el sujeto produce objetos que, al estar mediados por su actividad, están cargados de cultura. A estos objetos Simmel los denomina *productos del espíritu*.[9] Por lo tanto, en la existencia social siempre hay presencia del sujeto, aun en la objetividad de los productos que se vuelven inermes, independientes a su consciencia. Podríamos así decir que para Simmel la *naturaleza es una categoría social*. Esto hay que entenderlo en el sentido de que, para el sujeto, la naturaleza está recubierta por la práctica humana. Es naturaleza *para* el hombre. Y variará según varíe, por ejemplo, la ciencia, la tecnología, etc. Antes de seguir adelante nos parece conveniente realizar un par de aclaratorias terminológicas: en adelante, el 'espíritu' o 'sujeto' es la existencia social, lo social en el individuo, el 'alma' se refiere a la existencia individual: la arista de este encuentro es el objeto en donde se encuentra la cultura. Empleando este vocabulario, propio de la filosofía idealista, Simmel expone uno de sus presupuestos, de los más relevantes a fines de nuestra exposición: la idea de la cultura se expresa

> ...como el camino del alma hacia sí misma; pues nadie es nunca sólo aquello que es en este instante, sino que es un plus, es algo más elevado y más acabado de sí mismo...[10]

En todo caso, si seguimos a Simmel, la cultura se caracteriza por cierto vitalismo, pues procede de un 'impulso formal interno' (una pulsión que da forma/sentido al caos originario de los significados). Echando mano de algunos supuestos fenomenológicos, propone que en ella, en la cultura, el pasado es siempre parte del presente y lo determina en cada instante; mientras que el futuro se encuentra (en una forma específica), en el presente mismo, y le abre opciones que no están en el pasado: el presente es la *mediación temporal* entre el pasado y el futuro. El tiempo es, pues, el de 'lo vivo'. O mejor aún, el de la vida. El tiempo del alma es el de la búsqueda de sí misma: la reconciliación con un pasado que, luego de la trayectoria recorrida, se convierte en un futuro abierto y abriéndose nuevamente a cada instante, en elementos limitados. Como en el *eterno* retorno, el pasado se consigue y se supera sólo al precio de pro-

[9] Es evidente la influencia hegeliana y del idealismo en general, aunque también se adivinará la influencia de Marx. Sin que por otra parte, ello signifique que la propuesta de Simmel se reduzca a ser la continuación de Hegel, ni de Marx. Tampoco determinar estas influencias y su alcance en la obra de Simmel, es nuestro problema es estas páginas.
[10] Simmel, p. 204.

yectarse hacia el futuro. El sujeto se encuentra al precio de dejar de ser lo que era, sin dejar de ser completamente él mismo. Para ello, ha de *cultivarse*.

La primera gran determinación del concepto de cultura es, pues, la antigua idea del cultivo. Desde este punto de vista, el desarrollo de un hombre no radica en el hecho de sus múltiples particularidades (obrero, escritor, esposo, etc.). Siempre aparece como un tejido de hebras amalgamadas por una 'centralidad anímica' (una actividad que representa la *coherencia práctica* de su identidad); es el desarrollo hacia un plan ideal que ya se encuentra esbozado en el sujeto. Es por ello que, piensa Simmel, es posible estar lleno de 'virtuosidades y refinamientos', lleno de aspectos cultivados, y sin embargo no *estar cultivado*. En líneas anteriores hemos dicho que la cultura es el producto del individuo tratando de llegar a sí mismo. Luego aclaramos que ser cultivado es un desarrollo específico de un ideal unitario que está presente en la persona. Ahora debemos añadir que este 'llegar' del sujeto a sí mismo, requiere objetos externos. Dicho de otro modo: lo que el sujeto alcanza puramente desde el interior no es necesario, ni posible, cultivarlo; sólo si se adhiere a objetos ajenos, externos a sí mismo, puede llegar el individuo (el alma) a sí mismo. Ha de estar fuera de sí, e interpretarse a través de otros objetos que le sirven de mediaciones para el proceso de *cultivo*. Puesto que la existencia del hombre se encuentra mediada por la cultura, su autoconciencia (entendida como cultivo de sí), exige inevitablemente la objetivación del sujeto para que se *mire activamente* a sí mismo.

En consecuencia, la segunda gran determinación del concepto de cultura, siguiendo a Simmel, es que la cultura surge sólo del encuentro de estos dos elementos, 'el alma subjetiva' (individuo) y 'el producto espiritual objetivo' (de carácter más bien social). Esta,

> Es la paradoja de la cultura de que la vida subjetiva, que sentimos en su corriente continua y que apremia desde sí a su consumación interna, en modo alguno puede alcanzar (visto desde la idea de la cultura) a partir de sí esta consumación sino sólo discurriendo sobre aquellas figuras que ahora se le han tornado completamente ajenas, que han cristalizado en una cerrazón autosuficiente.[11]

El sujeto, al buscarse a sí mismo a través de sus productos, abandona su 'encierro subjetivo'; pero al hacerlo, y dado que se trata de productos del espíritu que se han independizado de su productor, el objeto también adquiere

[11] Simmel, p. 208.

'subjetividad'. Para Simmel, esto es 'lo específico del producto cultural', y la evidencia de su *forma metafísica*. Un simulacro de reencuentro con la unidad perdida, con lo natural inmediato. En tanto simulacro, el reencuentro ocurriría sólo entre el sujeto (que es colectivo, social) y sus productos, emulando una imaginaria situación original. Curiosamente, la riqueza específica de la vida humana sería, desde su perspectiva,

> ...que los productos de la vida objetiva pertenecen al mismo tiempo a un orden de valores objetivo, que no fluye, a un orden lógico o moral, a uno religioso o artístico, a uno técnico o jurídico.[12]

Con lo cual a decir verdad, no sabemos si es una forma que Simmel sugiere de *representar favorablemente* la alienación del sujeto ante el espíritu objetivo, para sobrellevar así, el peso de la inevitable carga que significa percatarse de la 'objetividad' de lo producido. Mas aun: sólo es posible experimentar la vivacidad, la movilidad de la existencia humana, a partir de estos *puntos fijos* que componen el espíritu objetivo.

Tercera determinación del concepto de cultura: el perfeccionamiento individual que significa el 'cultivo' requiere figuras suprapersonales. La cultura como 'estar cultivado', resulta etéreo al sujeto, inalcanzable, si no transita el camino del espíritu objetivo. Al ser transitados, los productos del espíritu que se han hecho cosas, se convierten en valores culturales. Y lo son al punto que el rechazo a los productos de la cultura proviene, en alguna medida, del fracaso en encontrar *su* camino específico para el cultivo; es decir, la ausencia de identificación con una producción específica de cultura y su dedicación a ella:

> ...allí donde la vida se ha tornado en sí estéril y absurda, todo desarrollo hacia su plenitud, desarrollo volitivamente posible y que puede ser, es tan sólo un desarrollo esquemático y ya no está en condiciones de extraer a partir del contenido objetivo de cosas e ideas sustento y estímulo...[13]

Según Simmel, el énfasis desequilibrado en uno de los extremos (el espíritu subjetivo, como es el caso de quien sólo se pregunta por la salvación del alma o por la formación de la personalidad, por un lado, o, por otro lado el espíritu objetivo, el caso del especialista que se interroga por el acabado técnico de la obra), produce el rechazo, aun implícito, del concepto de cultura.

---

[12] Simmel, p. 211.
[13] Simmel, p. 214.

Planteadas estas tres determinaciones del concepto de cultura (el cultivo del sujeto, la dialéctica *espíritu subjetivo*/*espíritu objetivo*, y la necesidad de objetivación de los individuos para cultivarse), puede ahora proponerse la concepción de la *tragedia de la cultura* que con tanta vehemencia vislumbrara el autor que ahora nos ocupa. Es la siguiente: el dualismo que venimos describiendo entre espíritu subjetivo y espíritu objetivo, tiene su fase crítica en el momento en el cual este último comienza a desarrollar unas leyes propias, de acuerdo con sus necesidades específicas, generadas por su propio desarrollo; con lo cual las necesidades del sujeto, que trata de 'cultivarse a sí mismo' a través de sus obras, pasan a un segundo plano, y privan las necesidades del objeto creado. El objeto se independiza de su creador, y adquiere 'vida propia', con unos requerimientos que llevan a éste en una dirección distinta de la que originalmente era su búsqueda de realización. Esta tragedia de la cultura está descrita en términos formales. Se refiere a esas relaciones con objetos que se encuentran *en* nuestro yo, pero también más allá de él. Incluye esas relaciones entre sujetos, mediadas por objetos, y que saben, sin embargo, externos a su *yo*.

Georg Simmel nos propone algunos ejemplos paradigmáticos, como lo es el de la división del trabajo. Un periódico, o la música de una orquesta, son productos que 'no han sido producidos' por nadie en concreto, y sin embargo, existe entre ellos una 'unidad anímica' o de espíritu que les coordina. Es la *lógica cultural del objeto*. Incluso, la descripción del fetichismo de la mercancía, que Marx llevara a cabo, es para el autor que ahora nos ocupa sólo un caso especial de los contenidos culturales. Cabe recordar a esta altura, que no se trata simplemente de que los medios han perdido su estatuto de tales, y se convierten en fines, y los fines en medios. Esta es una cuestión más bien psicológica. En cambio,

> ...se trata de la lógica inmanente de las conformaciones culturales de las cosas; el hombre se convierte ahora en mero portador de la coerción con la que esta lógica domina los desarrollos y los continúa como en la *tangente* de la vía por la que regresarían de nuevo al desarrollo cultural del hombre viviente. **Esta es la auténtica tragedia de la cultura**... que las fuerzas negativas orientadas contra un ser surgen precisamente a partir de los estratos más profundos de este mismo ser; que con su destrucción se consuma un destino que está ubicado en él mismo y que, por así decirlo, el desarrollo lógico es justamente la estructura con la que el ser ha construido su propia positividad... el desarrollo de los sujetos ya no puede recorrer el camino que toma el de los objetos; siguiendo, sin embargo, este

> último se extravía en un callejón sin salida o en el vaciamiento de la vida más íntima y más propia.[14]

Dado que el objeto cultural se caracteriza por ser producido con una función especular, el sujeto se ve arrastrado a seguir el camino de la lógica de los objetos. Con lo cual, ya no trata de emular una supuesta pérdida originaria, su unión con la naturaleza, sino que por el contrario, simula la lógica de los objetos. En este camino es en donde el sujeto desaparece, y sólo quedan, en el mejor de los casos, sus huellas: los objetos producidos.

En esto encuentra Simmel el carácter problemático del hombre moderno. "La pregunta metafísica encuentra con ello una respuesta histórica":[15] la cultura es la concreción histórica, concreta y real, de una disyunción metafísica, entre sujeto y objeto. El sujeto puede, como de hecho ocurre, 'vencer' a la lógica de los objetos que se le impone. Pero el precio que debe pagar por este enfrentamiento es el de un alejamiento cada vez más acelerado de la finalidad de la cultura: el camino hacia sí mismo, su desenvolvimiento, su cultivo. Y la pérfida tragedia se cierra cuando el sujeto se sabe preso de la lógica, de las leyes y de las necesidades de su creación

Sin embargo, quisiéramos proponer que esta tragedia no es tan completa. Y esto, aun en el marco de la misma propuesta del autor alemán. Al parecer, nuestro autor se halla precavido ante una visión paralizante de la realidad: si toda objetivación del sujeto es alienación (dominación del sujeto por el objeto que ha producido), nada habría qué hacer, ni siquiera qué decir. Pero sin embargo, sí que nos dice algo: *que la cultura tiene la forma de una tragedia*. Y por lo tanto, que el sujeto de cultura 'Simmel', puede posicionarse de un punto de vista desde el cual mostrarnos el cuadro de la alineación. A fin de no repetir esta 'cerrazón del sujeto' que se produce en la *Fenomenología* de Hegel (y que con tanta claridad viera Marx en los *Manuscritos económico-filosóficos* de 1844), Simmel aclara que aun cuando el espíritu subjetivo abandona su subjetividad para realizarse, y transmuta en espíritu objetivo, no abandona empero su 'espiritualidad': la vida del individuo tiene sus momentos de reconciliación, nunca plena; sólo el individuo en su vida privada, llega a escapar de la tragedia de la cultura. Creemos, por lo mismo, que la tonalidad trágica y a veces un tanto romántica del texto de Simmel, guarda por otra parte un remanente de optimismo y/o de utopismo, no del todo manifiesto: el *fatum* de la cultura no puede, sin embargo, quebrar definitivamente la espiritualidad del sujeto, pues se mantiene a resguardo aun en la búsqueda de

[14] Simmel, p. 228.
[15] Simmel, p. 229.

exteriorización y encuentro de sí. Pero de ser válida esta afirmación, entonces la tragedia podría ser doble: no sólo la que se manifiesta en la independencia del espíritu objetivo ante el sujeto, sino también la que se manifiesta en el cierre semiótico, comunicativo, del sujeto ante un mundo que ha generado, y, sin embargo, se le impone. La libertad respecto al espíritu objetivo casi se limita al abandono de éste.

Si podemos percatarnos de la *tragedia de la cultura*, es porque al menos momentáneamente el objeto nos deja verle desde afuera. Si el sujeto no abandona su 'espiritualidad', es porque está entretejida con otros momentos creativos. Por tanto, el sujeto ya no es sólo una centralidad anímica. Es más bien una *'pluralidad anímica'*. De este modo, el individuo que se encuentra alienado, por ejemplo, ante la división del trabajo social, puede ser, sin embargo, sujeto de un proceso político; y dialécticamente, si en un caso un individuo siente la prisión de una religión, para otros individuos, dicha religión puede ser fuente de inspiración para la transformación de una realidad funesta. El lego no puede más que sentirse abrumado ante la producción de ciencia y tecnología, pero al menos podría llegar a sentir que el cultivo de una parcela de la vida social, le realiza momentáneamente.

Creemos que existe otra salida 'parcial' a este asunto, y está sugerida por el propio Simmel; la misma puede ubicarse recurriendo al empleo tangencial que hace de los supuestos fenomenológicos: si el espíritu tiene como una de sus características decisivas que el presente es una mediación temporal entre pasado y futuro, entonces la temporalidad del espíritu *es* historicidad. La proyección hacia delante permite al menos pensar que el 'alma' (el individuo), puede siempre encontrar vericuetos para colarse por la cultura que se destotaliza en cada nueva etapa de su recorrido.

Hasta ahora, la cuestión se ha presentado en términos metafísicos, a pesar de que tiene manifestación histórica. Creemos que hay que darle la vuelta, y presentar efectivamente en términos históricos la *tragedia de la cultura* (a pesar de su manifestación metafísica).

Entonces, como hemos visto, pareciese que una definición amplia de cultura debería incluir al menos las siguientes determinaciones:

> – Cultura significa ante todo cultivo. Una cultura son prácticas sociales que se buscan perfeccionar, y sobre todo que exigen totalizar la visión del mundo al sujeto. Los portadores de una cultura no sólo son los muchos modos de ser individuales, sino también los distintos modos de ser de cada uno.

– Cultura implica la puesta en objeto de subjetividades que, al hacerlo, pudieran verse alteradas. Así mismo, el objeto podría no ser ya necesariamente el mismo, una vez que la subjetividad ha sido trastocada.

– La cultura pervive en el hecho de que lo que se crea entre sujetos, no pertenece a nadie en particular.

Finalmente, la *tragedia de la cultura* ha de ser entendida, como la entrega, no digamos irrestricta, pero sí cuando menos sin límite prefijado (y de todos modos irracional), a las actividades de la vida social que creamos colectivamente. El sujeto se somete así, a las necesidades del objeto que ha creado y que en cierto modo le convierten en tal sujeto.

3. CIVILIZACIÓN Y CULTURA

En la obra, hoy ya clásica respecto a este tema, *El proceso de la civilización*, Norbert Elias echa mano de la versión de 'cultura' como 'civilización', para proponer una teoría del cambio social *a largo plazo* (o *long dureé*). Para Elias, el tiempo de las sociedades es el que cuenta en siglos (y no menos). Nos propone su tesis, al tiempo que trata simultáneamente de incorporar una versión de la relación entre cambios en la estructura de personalidad y cambios en la estructura social. Dada su importancia futura en nuestra exposición, presentamos una síntesis de esta versión del cambio elaborada por el sociólogo alemán: cambio social (es decir, el cambio de las estructuras sociales):

a) entendido como aumento en la diferenciación e integración social;

b) entendido como una diferenciación e integración social decrecientes;

c) sin que necesariamente haya aumento o disminución de la diferenciación o la integración;

d) finalmente, entendido como 'independiente' a la estructura social.

Por otro lado el cambio social de las 'estructuras psicológicas', individuales, de los hombres (de las estructuras de personalidad), puede ser entendido como la *consolidación y/o la diferenciación de los controles emotivos* (límites de la vergüenza, los modales, etc.).[16]

[16] Podría decirse que esta dimensión es propiamente la que antes habíamos llamado *espíritu*: la coincidencia manifiesta entre individuo y sociedad.

La civilización para Elias es un término que permite ampliar el espectro del análisis sociológico, pues por medio del mismo se evita la estrecha mirada de la *sociedad* entendida como *nación*. La sociedad es la que tiene unidad de sentido y dirección, la propia civilización, de la cual las sociedades nacionales son un consecuente o resultado. Pero lo crucial para nosotros en este momento, es su concepción acerca de la civilización:

> La transición a la experiencia de la naturaleza como un paisaje desde el punto de vista del observador, la transición a la experiencia de la naturaleza como objeto del conocimiento separado del sujeto del conocimiento como por una pared invisible, la transición a la autoexperiencia intensificada del ser humano aislado como un individuo reducido a sus propias fuerzas, independiente y ajeno a los otros individuos y cosas, todas éstas y otras manifestaciones evolutivas de la época manifiestan los rasgos estructurales del mismo avance civilizatorio. Todas ellas muestran los rasgos de la transición a un escalafón superior de la autoconciencia en la que el control de los afectos, constituido como autocoacción, es más fuerte, mayor la distancia reflexiva, menor la espontaneidad de los asuntos afectivos y en el cual, por lo demás, los hombres intuyen estas peculiaridades, pero sin tomar distancia frente a ellas...[17]

La explicación de la contraposición entre cultura y civilización tiene un origen histórico, proveniente de rasgos particulares de ciertos grupos sociales y sus relaciones. Según Elias, en la génesis de la oposición entre cultura (sinónimo de profundidad, autenticidad, particularismo y diferenciación) y civilización (sinónimo de superficialidad, apariencia, universalidad y cosmopolitismo), se encuentra la autoconciencia de la intelectualidad de clase media alemana del siglo XVIII, de ser una intelectualidad sin base social, opuesta a la aristocracia. La ausencia de un basamento social fertilizó el campo para que los elementos de clase fuesen recalcados y remarcados a través de elementos más bien simbólicos. Por ello el rechazo a la razón, al universalismo, a lo objetivo: la expresión simbólica de los elementos que surgen efectivamente en las prácticas sociales, políticas, económicas y culturales de la clase que asciende a clase

[17] Norbert Elias. *El proceso de la civilización*, F.C.E., México D.F., 1979, p. 41. Por otra parte, Elias sintetiza el significado de civilización de este modo: "...este concepto expresa la autoconciencia de occidente... con el término de "civilización" trata la sociedad occidental de caracterizar aquello que expresa su peculiaridad y de lo que se siente orgullosa: el grado alcanzado por su técnica, sus modales, el desarrollo de sus conocimientos científicos, su concepción del mundo y muchas otras cosas"; p. 57.

dominante con las revoluciones burguesas. Si repasamos las características de la civilización que citamos previamente, observaremos que desde el punto de vista del sujeto, se desarrolla una *intención objetivadora en el conocimiento*. Pues bien, ante el desarrollo de esta intención, la intelectualidad alemana 'desclasada' se forjó unos fundamentos de autoconocimiento que van del 'espíritu al espíritu'. La toma de partido en el campo de las opciones posible, se hizo en contra de la concepción de la civilización y a favor de la de *alta cultura*. Con el ascenso de la burguesía alemana, la oposición se planteó, ya no entre clases como en el caso de Inglaterra o Francia, sino entre *naciones*: la superioridad de una nación ante otra, se debía a rasgos idiosincrásicos de la misma. Es así como se introduce la nación (comunidad que funde lo social y lo político, a través de una cultura peculiar), versus la cultura universal que representa la civilización. Su rasgo determinante es el modo en el que se vincula la vida afectiva de los individuos: la misma reconoce el vínculo social en las tradiciones institucionalizadas.

El contraste con Francia, Elias lo sitúa en el hecho de que la clase media francesa, bien pronto se convirtió en lo que llama una 'burguesía cortesana'. Con la caída del *ancien régime*, la nacionalización de las formas burguesas significó también la nacionalización del estilo cortesano de vida como modelo ideal. En el siglo XVIII francés, dos son los sentidos que adquiere el término *civilisation*: primero, como opuesta a la barbarie, opuesta a cierto estado de vida dentro de la sociedad, estado de denigración de la 'dignidad humana'; pero también, en segundo lugar, se vincula con la idea de progreso:

> El ser civilizado no es una situación, sino que es un proceso en el que hay que seguir avanzando. Tal es la novedad que se manifiesta en el concepto de *civilisation*. El concepto incorpora una gran parte de lo que, hasta entonces, había dado a la sociedad cortesana la impresión de ser una sociedad de un tipo superior en comparación con otras más simples, más incivilizadas o de vida más bárbara; esto es, la idea de la altura de las *moeurs* o de las costumbres, la idea de los modales, del tacto social, de la consideración que unos deben a los otros y de muchas actitudes relacionadas con éstas.[18]

En Francia, el cambio estructural de la sociedad que pretendía dejar atrás al antiguo régimen, se dio como una revolución política, como un movimiento de reformas intelectuales (enciclopedistas), en el sentido de una reforma moral del

[18] Elias, p. 93.

hombre, a través por ejemplo de la educación, y de reformas económicas (la fisiocracia, principalmente). Y sin embargo, entre tantos cambios conservó "...la unidad de la tradición en las costumbres",[19] a través de la burguesía emergente y la configuración de su psicología cortesana.[20] La sociedad del renacimiento, la que Norbert Elias cataloga como *sociedad cortesana*, ha de entenderse como *un* modo de integración social, *un* modo de vida que gira en torno a la residencia del señor; es *una* y solo *una* aristocracia cortesana la que nace en Occidente, y, sin embargo, lo que esto representa es el nacimiento de la *forma nacional de integración social*. Es la época del absolutismo.

> La presión de la vida cortesana, la competencia por conseguir el favor del príncipe o de los "grandes" y, en general, la necesidad de diferenciarse de los demás y de luchar por mayores oportunidades con medios relativamente pacíficos por medio de las intrigas y de la diplomacia, impusieron una contención de las emociones, una autodisciplina o *self-control*, una racionalidad cortesana peculiar que hacían que el cortesano de la época representara la quintaesencia del hombre racional a los ojos de la burguesía opositora del siglo XVIII.[21]

La tesis del autor que ahora nos ocupa es que la civilización, entendida como este modo específico de organización de los impulsos, puede comprenderse con claridad sólo en relación con el proceso de constitución del Estado y la centralización de la vida social.[22] Pero Elias quiere dar un paso más, al interpre-

---

[19] Elias, p. 95.

[20] Aunque, como señala el mismo Elias, por otra parte no debe olvidarse que el origen de la difusión del término se debe a una obra de Erasmo de Rótterdam, *De civilitate morum puerilium*. El tema del libro: el comportamiento en sociedad, el 'decoro externo del cuerpo'. Esto incluye cuestiones tales como la mirada o el uso del pañuelo, y se extienden durante el renacimiento y hasta la edad moderna, a través de cuestiones como el uso del cuchillo y del tenedor, las pautas de la belicosidad, etc. A este respecto, *Cfr.* con 'paciencia' el maravilloso y detallado capítulo segundo del texto de Elias que venimos citando, titulado: *La "civilización" como transformación específica del comportamiento humano*.

[21] Elias, p. 260.

[22] Según Norbert Elias, el desarrollo de una economía monetaria perjudicaba a los señores feudales, quienes en términos muy generales contaba sólo con una renta fija, y beneficiaba a quienes disponían del aparato fiscal, como el rey, o a quienes sus rentas dependían del comercio, es decir, a la burguesía. Desde la cuestión militar, esto se tradujo en un aumento de la capacidad de los reyes para pagar ejércitos, con relativa independencia a los vasallos. Además, las relaciones de los reyes con la burguesía eran frecuentes, cosa inversa a lo que ocurría entre esta última y el estamento guerrero medieval. El cambio en la técnica bélica, vinculado a la intensificación del tráfico comercial, significó el desplazamiento de la importancia de la caballería por la infantería: la primera, compuesta por el estamento guerrero, quedó reducida en términos económicos, pues sus costos eran mayores que los costos en que incurrían ejércitos pagados por los impuestos al comercio.

tar el *proceso de la civilización* directamente vinculado al origen y fortalecimiento del Estado nacional moderno. La relación entre el monopolio de la violencia (que Max Weber puntualizara de modo terminante al momento de pensar en la naturaleza del Estado), por una parte, y por otra parte el proceso de la civilización, la sitúa Elias en el 'vórtice estructurado' de la psicología moderna, o, si se quiere, del sujeto moderno:

> La coacción real es una coacción que ejerce el individuo sobre sí mismo en razón de su preconocimiento de las consecuencias que puede tener su acción al final de una larga serie de pasos en una secuencia, o bien en razón de las reacciones de los adultos que han modelado su aparato psíquico infantil. El monopolio de la violencia física, la concentración de las armas y de las personas armadas en un solo lugar hace que el ejercicio de la violencia sea más o menos calculable y obliga a los hombres desarmados en los ámbitos pacificados a contenerse por medio de la previsión y de la reflexión.[23]

Hay un último asunto de esta propuesta de Elias que nos gustaría destacar. Se refiere a las relaciones explícitas entre grupos socioeconómicos. Con el ascenso de la burguesía como clase social en el siglo XIX, las coacciones sociales que modelan al individuo se centran ahora en la acumulación de dinero y la profesionalización. La modelación aristocrática-cortesana, desemboca en la burguesa-profesional, y en ella se continúa. Sólo que la centralidad de la corte se desplaza a la vida privada. Luego, ser una clase ascendente significará asumir las pautas del comportamiento civilizado, autocontrolado. Al punto de que

> Cada una de estas olas de difusión de la pauta civilizatoria en una nueva clase..., corre paralela con un aumento de la fortaleza social de ésta, con una asimilación de su nivel de vida al de la clase inmediatamente superior o por lo menos con un aumento de su nivel de vida sin más. Las clases que se encuentran perpetuamente bajo la amenaza del hambre o que viven reducidas a la miseria y a la necesidad, no pueden comportarse de modo civilizado; para crear y poner en funcionamiento un super-yo estable era preciso, y sigue siéndolo, un nivel de vida relativamente elevado y un grado razonable de seguridad.[24]

[23] Elias, p. 457. Una limitación en sus estudio, que Elias reconoce, es la que atañe a lo que hace las diferencias específicas entre estados nacionales, dentro de la misma civilización occidental.
[24] Elias, p. 513.

El proceso de ascenso de las clases, proceso que se desenvuelve de modo irregular y nunca continuo, contempla dos fases: una primera en la cual la clase ascendente adquiere rasgos de la clase alta, pero sin lograr por supuesto calcarlos a cabalidad.

> Es lo que se conoce como "levantinismo", propio de Oriente y de los países coloniales. También lo encontramos en los círculos pequeñoburgueses de la sociedad occidental como un "barniz cultural", es decir, como el anhelo de ser algo que no se es, con la correspondiente inseguridad del comportamiento y del gusto, con la "cursilería" no solamente en muebles y atavíos, sino también en el espíritu; todo esto pone de manifiesto una situación social que incita a la imitación de los modelos de otro grupo social de posición superior, pero, al no conseguirse, la asimilación sigue siendo reconocible como un intento de imitación de modelos extraños.[25]

En segundo lugar, existe también una fase de diferenciación que el propio grupo ascendente pone en marcha, como emancipación simbólica, y al hacerlo, la clase alta intensifica sus elementos de identificación, elementos que generan tensiones sociales. El miedo, el pudor, la competencia por el prestigio, son algunos de los principales factores que han determinado hasta hoy, el proceso de la civilización.

En consecuencia, la configuración de los modos de ser, un sentido del término cultura, no tendría que excluir las referencias explícitas a las estructuras económicas y sociales. El estudio de las culturas, de las estructuras socioeconómicas, y de las estructuras de personalidad, no solamente pueden sino que han de ser llevados a cambo transversalmente y no alternativamente, para efectos de obtener una perspectiva integradora y sintética de la vida social (un estudio de un proceso o cambio cultural, puede ir de la mano con uno social y de las personalidades).

Una 'especificidad general' del momento histórico que nos ocupa, consiste en que los modos de ser del mundo contemporáneo, pueden describirse al menos en ciertos aspectos, a partir del surgimiento de los Estados nacionales, es decir, a partir de la centralización de la vida social en torno al eje de poder del Estado.

4. POSCULTURA

Según Zygmunt Bauman, en la segunda parte del siglo XX se experimenta una *culturalización de la naturaleza*:

[25] Elias, p. 516.

> La naturalización de la cultura formaba parte del moderno desencantamiento del mundo. Su deconstrucción, que siguió a la culturalización de la naturaleza, resultó posible, y tal vez inevitable, a raíz del reencantamiento posmoderno del mundo.[26]

La naturalización de la cultura fue un intento de 'encantar' los productos del espíritu, en un mundo desencantado por la rutinización/estandarización de los procesos sociales, por la burocratización de la vida cotidiana. Una tal culturalización de la naturaleza, estuvo antecedida por uno de los episodios de mayor impacto sobre la discusión de la cultura. Entre otras cosas, porque cristalizó un notable 'desencantamiento del mundo', esta vez no a favor de la razón (como en los albores de la modernidad), sino en su contra. Esta es la primera significación que nos provee el holocausto al hablar de la cultura:

> El holocausto fue, no el resultado de una patología meramente individual o de las neurosis de un estado nación... No estamos considerando aquí –...– algo realmente análogo a otros casos de matanzas como el asesinato de gitanos o antes el de armenios. Hay paralelos en la técnica y en el idioma del odio. Pero no ontológicamente, no en el nivel de la intención filosófica. Y esa intención nos lleva al centro mismo de ciertas inestabilidades que presenta la estructura de la cultura occidental, inestabilidades manifestadas en las relaciones entre vida instintual y vida religiosa.[27]

Steiner ve en el carácter monoteísta de la civilización occidental la raíz, la genética socio-psicológica del holocausto: unas enormes exigencias morales impuestas sobre el espíritu humano, sin solución de transformación o metamorfosis. Este monoteísmo se desarrolló en tres grandes momentos. En primer lugar, el judaísmo. En el judaísmo la vida se encuentra allí en donde se pierde; la negación de sí y la afirmación del propio sacrificio, son las dos caras del proceso de solidificación de la civilización monoteísta, desde sus mismos orígenes. El 'impulso metafísico' que inspiraba la aniquilación en serie del holocausto, era la eliminación de aquellos que habían inventado la represiva figura de un solo Dios. Para Steiner, fue una revulsión de los 'naturales' impulsos politeístas del hombre. En segundo lugar, el cristianismo. Sin duda gracias a sus antecedentes judaicos, su principio ético fundamental es que,

---

[26] Zygmunt Bauman. *La cultura como praxis*, Paidós, Barcelona, 1992, p. 15.

[27] Steiner, pp. 55-56. Y precisamente ésta es, según Steiner, la mayor dificultad de afrontar hoy día una teoría o filosofía de la cultura.

> Para llegar a ser hombre, el hombre debe hacerse un nuevo hombre y al hacerlo ahogar los elementales deseos, vencer la debilidad y las aspiraciones del yo. Sólo aquel que pueda decir con Pascal: '*le moi est haïssable*' [el yo es aborrecible] ha comenzado a obedecer el imperativo altruista de los Evangelios.[28]

El resultado es evidente: sólo unos pocos podrían seguir a cabalidad tan férreos dictados. El tercer gran momento estuvo representado por el socialismo mesiánico, cuya clave distintiva es la renuncia a los intereses personales, a favor de los verdaderos intereses, los intereses de la comunidad. En el fondo,

> Nada es más religioso, nada está más cerca del extático anhelo de justicia de los profetas que la visión socialista de la destrucción de la Gomorra burguesa y la creación de una ciudad nueva, limpia, digna del hombre... Cuando la explotación humana se haya extirpado, la mugre se fregará de la cansada tierra y el mundo volverá a ser de nuevo un jardín. Ese es el sueño socialista y el pacto milenario... Todos aquellos que se resistan a ese sueño son no sólo locos y enemigos de la sociedad, sino que traicionan la parte luminosa de su propia humanidad. El dios de la utopía es un dios celoso.[29]

Así experimenta la conciencia occidental el reto (Steiner habla de 'chantaje') de la trascendencia. Una suerte de '*esquizo*' colectiva es el resultado. Nos gustaría llamarla preferiblemente anomia: por un lado, la existencia de una meta sublime, que resulta ser un ideal prácticamente inalcanzable; pero, al ser tan sublime, al presentarse como *la* meta a alcanzar, no puede ser abandonada su búsqueda. O puede serlo, al precio de quedar fuera de los ideales de la civilización, al precio de la exclusión: convirtiéndose en una contracultura, la búsqueda del ideal se acentúa en la forma de su rechazo. Este abandono no es otra cosa que la 'seguridad metafísica' que representa el discurso de la crítica a la 'seguridad metafísica'. En el segundo caso, la religión monoteísta; en el primero, la ausencia de cultivo de sí (al menos con una dirección clara), como rechazo al 'cultivo' del espíritu en general.

Steiner recurre a Freud. El amor es posible, más aún es necesario, porque el exceso de *amor de sí* se convierte en enfermedad. Aglutinada suficiente libido en el yo, éste busca salir de sí mismo. Pero entonces el primer impulso, el impulso natural, es el de aniquilar al otro, pues el yo busca de nuevo ingerirle

[28] Steiner, p. 63.
[29] Steiner, pp. 64-65.

para recrearse en sí mismo. Es el narcisismo primario del que tenemos noticia gracias al pensador vienés.

El holocausto, la gran dificultad histórica para hablar hoy de la cultura, es la búsqueda del silencio de *lo otro*. De los otros. La búsqueda de ese lugar imaginario en el cual el yo puede reinar tiránicamente. La 'inmanentización de lo infernal' (y de lo demoníaco,[30] añadiríamos nosotros), sacó a Occidente de su *orden primordial*. Este es el concepto clave que el crítico literario inglés aporta a nuestra discusión: *la poscultura*. Esta nueva oleada de desencanto, parece decir Steiner, esta vez nos lleva a la desconfianza del mismo núcleo de la civilización toda. Ahora sabemos perfectamente, que

> ...las bibliotecas, los museos, los teatros, las universidades, los centros de investigación por obra de los cuales se transmiten las humanidades y las ciencias pueden prosperar en las proximidades de los campos de concentración; poco más adelante añade, con la sencillez de la misma disolución en una creencia antes sólida: Conocemos a gente de la burocracia de los torturadores y de las cámaras de gas que cultivaban el conocimiento de Goëthe, que sentían amor por Rilke... Sencillamente no hay prueba alguna de que esos hombres sean más obtusos que cualquier otro y menos sensibles al genio humano, a las energías morales de la gran literatura y del arte.[31]

Un aspecto definitorio de esa poscultura es el desvanecimiento de la superioridad cultural (civilizatoria) occidental. Y sin embargo, piensa Steiner, el sustituto aparente a este desvanecimiento es el lamentable neoprimitivismo de los defensores del 'tercermundismo'.

> Pero al mismo tiempo nuestro movimiento material hacia adelante es inmenso y evidente. Los 'milagros' de la técnica, de la medicina, del

[30] "Llamaré demoníaca a esa inquietud innata, y esencial a todo hombre, que lo separa de sí mismo y lo arrastra hacia lo infinito, hacia lo elemental. Es como si la Naturaleza hubiese dejado una pequeña porción de aquel caso primitivo dentro de cada alma y esa parte quisiera apasionadamente volver al elemento de dónde salió: a lo ultrahumano, a lo abstracto. El demonio es, en nosotros, ese fermento atormentador y convulso que empuja al ser, por lo demás tranquilo, hacia todo lo peligroso, hacia el exceso, al éxtasis, a la renunciación y hasta la anulación de sí mismo"; en Stefan Sweig. *La lucha contra el demonio (Hölderlin, Kleist, Nietzsche)*, El acantilado, Barcelona, 1999, p. 11. Sin duda, el hecho de que el holocausto haya sido llevado a cabo tan calculada, tan maquinalmente, hace dudar de que pueda encajar en esta definición de lo 'demoníaco'; y sin embargo, no necesariamente es una cosa óbice para la otra.

[31] Steiner, pp. 104-105.

> saber científico son precisamente eso, 'milagros'. Muchos más seres humanos que antes tienen la probabilidad de vivir hasta la madurez, de engendrar hijos normales, de subir por la escala social, desde la condición milenaria de la mera subsistencia.[32]

En segundo lugar, la poscultura se caracteriza también por el desgaste de la *utopía ontológica* que proporcionó algunas de las motivaciones más portentosas al desarrollo del mundo occidental, con la dificultad añadida de la conciencia histórica:

> Además, no es seguro que pueda uno idear un modelo de cultura, un programa heurístico para realizar nuevos avances, sin un núcleo utópico. La cuestión 'hacia qué fin dirigir el esfuerzo, hacia qué fin dirigir el trabajo' se remonta rápidamente a un oscuro esquema instintual o bien a un *a priori* de esperanza anclado menos en la fenomenología, en las líneas reales de la historia, que en un sueño de ascenso...[33]

Realismo acompañado de ironía, y un toque de estoicismo, son las actitudes que caracterizan este neo-pesimismo, en tercer lugar. En este momento, la pregunta que habría que formular con la mayor seriedad, es decir, sin esperar respuesta, es la siguiente: "¿Qué utilidad tuvo la cultura cuando llegó la barbarie?".[34] Ante un panorama tan ensombrecido, la propuesta de Steiner se ciñe a un aspecto crucial de toda cultura. Es la cuestión de la concepción entre el *tiempo*, por una parte, y la *muerte individual*, por otra. La trascendencia es la clave: una revitalización de esta poscultura implicaría una entrega, un 'sacrificio ambicioso', "...la obsesión de perdurar, de sobrepujar a la banal democracia de la muerte".[35] Un intenso deseo de perdurar a través de las obras: he allí el secreto a gritos expuesto por culturas revitalizadas.

> Si la apuesta a la trascendencia ya no parece digna de hacerse y si nos estamos moviendo en una utopía de lo inmediato, la estructura de valores de nuestra civilización se alterará (después de por lo menos tres milenios) de maneras casi imprevisibles.[36]

---

[32] Steiner, p. 95.
[33] Steiner, p. 98
[34] Steiner, p. 115. Negritas nuestras.
[35] Steiner, p. 119.
[36] Steiner, p. 123.

Finalmente, en cuarto lugar, la poscultura sobrepuja el papel de la palabra a favor de la imagen:

> La densidad ordenada del recuerdo depende de las pródigas exactitudes de los pretéritos indoeuropeos. Así, la cópula tiempo-muerte de una estructura clásica de valores personales y filosóficos es, en muchos aspectos, sintáctica e inherente a la estructura de la vida en la cual el lenguaje impera como soberano ejerciendo un papel validado casi mágicamente.[37]

Esta priorización de la imagen por sobre la palabra, implicaría una ruptura con la experiencia clásica de la cultura: la estructura de la vida, con su narración ordenada de los recuerdos, se diluye en un vertiginoso e impreciso conjunto de imágenes. Pero es precisamente superando la fuerza de los hechos como se revitalizaría la cultura. El cierre de Steiner, es mejor con sus propias palabras:

> No podemos volvernos atrás. No podemos permitirnos los sueños de no saber. Abriremos, así lo espero, la última puerta del castillo, aun cuando ésta nos lleve (y precisamente *porque* nos lleva) a realidades que están más allá del alcance de la comprensión y el control humanos... porque abrir puertas es el trágico mérito de nuestra identidad.[38]

La idea de poscultura que Steiner propone, puede ser retraducida en términos de una poscivilización. En el sentido de que la cultura occidental, a medida que ha penetrado en todos los rincones del planeta, ha perdido o cuando menos se ha debilitado la fuerza de su legitimidad normativa, quedando ante todo su evidente superioridad técnica para legitimarle. El resultado: un nuevo estadio de desencanto, conjuntamente con la conciencia de la falta de opciones con posibilidades reales para mostrarse con suficiente legitimidad normativa. Lo que ahora llamamos poscivilización, no puede ser asimilada a la defensa de estadios primitivos del desarrollo societal, a etapas previas en las historias; para nosotros la cuestión a destacar está ubicada en otro orden de problemas, a saber, que no es posible concebir una cultura sin un núcleo utópico, pero que tampoco hay un núcleo utópico definitivo. Estamos históricamente ubicados entre el 'desencanto' y la 'barbarie', en el seno de la misma civilización. Habrá siempre que determinar el o los núcleos utópicos que jalonan las pesadas cargas de la vida social, y allí situar el rostro de la cultura.

---

[37] Steiner, pp. 147-148.
[38] Steiner, pp. 178-179.

5. CULTURA Y DISCURSO

Tal parece que una característica de la mayor importancia para la comprensión del fenómeno de la cultura, es su estructura ambivalente: local, global; espiritualismo o idealismo, materialismo; capacidad humana, naturaleza; conciencia colectiva, psicología individual; ideología, organización mundana de la vida social; civilización, barbarie; etc. Recordemos que en la etimología del término 'cultura' el núcleo es *cultivo*:

> Herder había introducido el término en el discurso moderno, tomándolo de Cicerón, que había escrito metafóricamente de la *cultura animi*, el "cultivo para el alma", extendiendo al ámbito de la mente la idea del cultivo agrícola. Por lo tanto, la *Kultur* implicaba un cultivo, *Bildung*¸ una progresión personal hacia la perfección espiritual. Un inglés o un francés podían pretender ser "civilizados" sin haber conseguido nada por cuenta propia, pero, desde la perspectiva germana, cada individuo tenía que alcanzar el estado de persona cultivada, culta, a través de un proceso de educación y de desarrollo espiritual.[39]

La discusión de fondo se mantiene entre la civilization, falsa, cortesana, superficial, incluso afeminada; y la kultur, instintiva, artística, creativa, auténtica, poderosa. A esto parece referirse Bauman cuando habla de la *condición paradójica de la idea de cultura*. Es una paradoja que se desenvuelve en el campo que extiende la práctica del control de los procesos sociales para ganar autonomía, en yuxtaposición con la pérdida de autonomía que se deriva de lograr controlar los procesos. Para él:

> Una secuencia temporal es "ordenada" y no azarosa cuando no todo puede ocurrir o, al menos, cuando no todo es igualmente probable... "producir orden" significa manipular las probabilidades de los acontecimientos. Si lo que se debe ordenar es un conjunto de seres humanos, la tarea consiste en incrementar la probabilidad de que se den ciertas pautas de conducta mientras las de otras se reducen o eliminan. Esa tarea implica dos requisitos: primero, se tiene que determinar una distribución óptima de las probabilidades; segundo, se tiene que asegurar la obediencia a las preferencias elegidas. El primer requisito apela a la libertad de elección, el segundo significa la limitación de las elecciones, si no su total eliminación.[40]

---

[39] Kuper, p. 49.
[40] Bauman, pp. 22-23.

Nuestro autor distingue a este respecto dos líneas distintas de discurso: el de la cultura como arte, como 'alta cultura', con el de la cultura como regularidad y hábito, la cultura de la antropología y las ciencias sociales. En ambos discursos se mantiene el curioso efecto que ya viera Simmel, a saber, el carácter ambiguo de la misma. Pero hace falta aun examinar qué entiende Bauman por la paradoja de la cultura:

> La obra de la cultura no consiste tanto en la propia perpetuación como en asegurar las condiciones de nuevas experimentaciones y cambios. O, más bien, la cultura "se perpetúa" en la medida en que se mantiene viable y poderosa, no el modelo, sino la necesidad de modificarlo, de alterarlo y reemplazarlo por otro. Así pues, la paradoja de la cultura se puede reformular como sigue: todo aquello que sirve para la preservación de un modelo socava al mismo tiempo su afianzamiento.[41]

En síntesis: la cultura produce sus propios cambios, a través del esfuerzo por ordenar. La categoría de sistema es la que en este momento sale al paso. En ella, la cuestión principal es la de subordinar todos los elementos que la componen a un patrón que mantiene la identidad de dicho sistema. Para el autor,

> La imagen de la cultura como un "sistema" diseñado a partir de un patrón de gestión era la proyección de la ambición y de la tarea misma de gestionar el espacio.[42]

Hoy, que el espacio cibernético se impone sobre el territorial (cuando menos en su dimensión simbólica), las mismas categorías con las cuales entender la cultura se ven sujetas a debate. Un breve recorrido puede servir de heurística para graficar el espacio en el que el debate ha venido moviéndose.

Bauman cree que pueden distinguirse al menos tres movimientos históricos gruesos e identificables de la *idea de cultura*. Ante todo, en la segunda mitad del siglo XVIII, el término es acuñado para distinguir los logros humanos, de los hechos de la naturaleza: los primeros representan las posibilidades humanas, los segundos aquello que simplemente debe ser obedecido por los hombres. Es la oposición *hombre/naturaleza*. En esta génesis de la idea de cultura, se encuentra planteada la cuestión de la libertad humana, en los términos siguientes:

---

[41] Bauman, p. 33.
[42] Bauman, p. 44.

> El destino, indómito y predeterminado desde el momento de la Creación, empezaba a asemejarse más bien a un momento en la historia, un logro humano y un reto al ingenio y la voluntad de los hombres...[43]

Otro elemento presente desde el nacimiento de la moderna reflexión por la cultura, vinculado al anterior de modo inevitable, era la idea de que la cultura es portadora de una doble faz: ella es, al mismo tiempo, el ámbito de realización del espíritu humano, y sin embargo, ha de delimitar, restringir, dicho ámbito.

A continuación, durante el siglo XIX, la idea de la cultura se desplaza hacia una *naturalización de la cultura*. Esto significa que los productos humanos, una vez producidos, se encaran a sus autores con la misma fuerza que la naturaleza. 1815 podría tomarse como señal del paso de la concepción originaria de la cultura a su versión del siglo XIX, que tendría como fecha emblemática de cierre el año de 1915. Estos cien años no han de considerarse, claro está, como un bloque compacto, sin variaciones internas y como una sustancia atemporal que podría definir un período histórico. Teniendo esto presente, puede afirmarse que esas dos fechas son representativas del período de la *naturalización de la cultura*. Más aún,

> ...ciertos orígenes específicos de lo inhumano, de las crisis de nuestro tiempo que nos obligan a redefinir la cultura, se hallan en la larga paz del siglo XIX y en el centro mismo de la compleja estructura de la civilización.[44]

Esta versión de la cultura que se desarrollará durante el siglo XIX está acompañada no sólo por el optimismo del pensamiento positivista y liberal, propio de la oleada de industrialización de la época, sino que adicionalmente encontramos en ella variaciones relativas a la vivencia del tiempo y la experiencia social de la época de la Revolución Francesa: de la experiencia de 'fuerzas históricas vivas' que remueven los sedimentos de la tradición, del *antiguo régimen*, hacia la experiencia gris y repetida de la burocracia. Así comprende George Steiner lo que denomina 'la nostalgia del desastre':

> En el bucolismo romántico hay tanto una fuga *de* la ciudad devoradora como un retorno *a* la naturaleza... las críticas formuladas a la

[43] Zygmunt Bauman. *La cultura como praxis*, Paidós, Barcelona, 1992, p. 18.
[44] George Steiner. *En el castillo de Barba Azul. Aproximación a un nuevo concepto de cultura*, Gedisa, Barcelona, 2001 (tercera reimpresión, sin fecha de la primera edición), p. 25.

> sociedad urbana tienden a convertirse en acusaciones a toda civilización formal y compleja.[45]

Se plantea en términos de una relación de alienación entre la sociedad y las 'fuerzas creadoras del espíritu'. Es el cansancio espiritual generado por la civilización: se produce una especie de acumulación de fuerzas despiertas por los albores revolucionarios, pero ahora, finalizada la época revolucionaria, se transforman en fuerzas inutilizadas. El inicio de la Primera Guerra Mundial, o primera Gran guerra, 1915 señala el año de ruptura con el 'orden civilizado' de Europa.

Entre el siglo XIX y la posguerra debe mencionarse, empero, otro aspecto relevante respecto a la configuración de los múltiples sentidos del término 'cultura': la antropología cultural. Lo que sea que signifique 'cultura', es un objeto de estudio empírico, puede ser registrado y demarcado, interpretado, descrito y/o explicado. Se abría la posibilidad para que cualquier cultura fuera eso, una cultura, pero todavía no se asignaba el rango de civilización más que a unas pocas, como la 'civilización occidental moderna'. Las diferencias culturales se convertían, por obra de una perversa alquimia, en útiles para el debate político. El eugenismo triunfó sobre el universalismo. Pero antes de entrar de lleno en esta versión segregacionista de la cultura, habría que decir un par de cosas más respecto a la antropología cultural.

Adam Kuper nos recuerda la distinción entre tres tradiciones de interpretación de la cultura: francesa, alemana e inglesa; así mismo, un discurso ilustrado, uno romántico y uno clásico, respectivamente.[46] En la tradición francesa, en líneas muy generales, se identifican 'cultura' y 'civilización', de modo que 'cultura' es un logro progresivo y acumulativo (simplemente: civilización a secas). La civilización es accesible a cualquiera, pues su fundamento filosófico es la *razón*. En la tradición alemana, la reacción ante el cosmopolitismo francés culminó en una oposición tajante entre 'cultura' y 'civilización': *kultur* vs *Civilization*; era la oposición entre los 'valores espirituales' y el 'materialismo', el arte y la artesanía frente a la ciencia y la tecnología, etc. En el caso francés, el progreso humano era el tema; en el alemán, el destino de la nación. Lengua y religión, opuestas a cosmopolitismo y racionalismo. En el caso de la tradición de origen inglés,

> ...los intelectuales liberales invocaban los valores culturales eternos, destilados de la gran tradición europea del arte y de la filosofía. Matthew Arnold definía la cultura como "lo mejor que se ha dicho y

[45] Steiner, p. 37.
[46] Adam Kuper. *Cultura. La versión de los antropólogos*, Paidós, Barcelona, 2001, p. 23.

> sabido", un canon cosmopolita y duradero. Al adquirir cultura interiorizábamos la "historia del espíritu humano". La posesión de la cultura había separado a los elegidos de los bárbaros iletrados.[47]

Dentro del movimiento intelectual del siglo XIX, y especialmente a raíz del impacto de la publicación de las obras de Darwin, la 'cultura' pasó a ser el antónimo de 'biología'. Incluso, la biología pasó a ser el basamento para la explicación de la cultura: el libre mercado era el mecanismo más apegado a la naturaleza humana, algunas naciones debían mostrar su carácter evolucionado imponiéndose sobre otras, etc. Es el célebre antropólogo Franz Boas quizá el más representativo de los que se opuso a esta perspectiva evolucionista, entre otras tesis con la de que es la cultura el factor determinante en la vida de los hombres, y no la biología; es la primera la que nos hace como somos, y no la segunda. Entretanto, y fuera de los márgenes de las discusiones académicas, el 'uso' común podía, sin embargo, mantener a la biología detrás de la cultura, pues se identificaba cultura con una cualidad innata de los individuos, en función de su raza. Habría apenas que esperar al período que va del año 1939 al año 1945, para saber el significado práctico de la biologización de la cultura, al que recientemente nos hemos referido con Steiner.

En la antropología norteamericana, por otra parte, la definición dominante respecto a la cultura, reconocida incluso por Alfred Kroeber y Clyde Kluckhon, fue la del sociólogo también norteamericano Talcott Parsons:

> Era un discurso simbólico. Versaba sobre conocimiento, creencias y valores. No equivalía a las Bellas Artes y a las Letras, tal como entendía el humanista, ya que cada miembro de la sociedad compartía una parte de su cultura. También era bastante distinto de la civilización universal humana a la que había dado lugar el mundo de la ciencia, la tecnología y la democracia, ya que cada comunidad tenía su cultura propia, con sus valores específicos que la separaba de todas las demás.[48]

La siguiente gran influencia fue la del antropólogo francés Claude Lévi-Strauss y su *antropología estructuralista*. La promesa de su antropología se basaba en encontrar las estructuras profundas subyacentes a todo lenguaje, a toda cultura. A este respecto, comenta Bauman:

---

[47] Kuper, p. 27.
[48] Kuper, p. 35.

> ...Lévi-Strauss describió la cultura como una estructura de elecciones, una matriz de permutaciones posibles, finitas en número, pero prácticamente incontables, para añadir más adelante: La cultura de Lévi-Strauss era una fuerza dinámica en sí misma (...), y la propia oposición entre continuidad y discontinuidad parecía perder mucho de su poder perturbador... la continuidad pasaba a ser pensada como una inacabable cadena de permutaciones e innovaciones.[49]

En este sentido, habría que considerar como una opción metodológica de primera relevancia, la propiedad de la cultura así expuesta: su capacidad de cambio funcional; el perdurar a pesar del cambio e, incluso, a través de éste.

De los años sesenta en adelante, el llamado *postestructuralismo* comenzó a cobrar fuerza, con un núcleo epistémico más bien relativista, que culmina en una antropología textualista. El elemento común entre estas perspectivas aglutinadas con el rótulo de 'postestructuralistas', es la defensa de cierto 'idealismo', y un abandono de la 'cientificidad'. Con los desarrollos de la antropología cultural, la tensión *hombre/naturaleza*, y la *naturalización de la cultura*, pasan a ser por sí mismos objetos de una nueva ciencia: la ciencia del hombre. En cierto sentido, es Michel Foucault uno de los pensadores contemporáneos más representativos de esa corriente que Kuper denomina con cierto repudio *antropología textualista*. En una de sus obras más conocidas, *Las palabras y las cosas*, Foucault destacaba el lugar de la etnología, pues ésta:

> ...muestra cómo se efectúa en una cultura la normalización de las grandes funciones biológicas, las reglas que hacen posibles u obligatorias todas las formas de cambio, de producción y de consumo, los sistemas se organizan en torno al modelo de las estructuras lingüísticas o sobre él... la etnología avanza hacia la región en la que las ciencias humanas se articulan sobre esta biología, sobre esta economía, sobre esta filología y esta lingüística..., por ello, el problema general de toda etnología no es otro que el de las relaciones (de continuidad o de discontinuidad) entre la naturaleza y la cultura.[50]

Pero, ¿qué encuentra Foucault, no en el fondo, sino en la superficie 'no vista' de esta relación de la cultura con la naturaleza? La determinación implícita del lenguaje, la centralizad de su papel en los fenómenos de continuidad *cultura-naturaleza*, determinación que se oculta tras la predominante figura moderna

[49] Bauman, pp. 46-47.
[50] Michel Foucault. *Las palabras y las cosas*, Siglo XXI, México D.F., 1996, p. 366.

del *hombre*, del yo unitario, el yo trascendental, concebido como objeto de conocimiento. Más aún,

> En relación con las 'ciencias humanas', el psicoanálisis y la etnología son más bien 'contraciencias'; lo que no quiere decir que sean menos 'racionales' u 'objetivas' que las otras, sino que las toman a contracorriente, las remiten a su base epistemológica y no cesan de 'deshacer' a ese hombre que, en las ciencias humanas, hace y rehace su positividad.[51]

La etnología interroga no al hombre, sino a aquello que hace posible un saber sobre el hombre; es mérito suyo, compartido con el psicoanálisis, proveer un saber no acerca de *éste* o de *aquel* objeto, ni de lo *más profundo en el hombre*. Es un saber acerca de aquello que, fuera del hombre, muestra de modo positivo lo que le constituye en cuanto que tal hombre, pero *fuera de su conciencia*. Está claro que Foucault se encuentra muy lejos del voluntarismo optimista de la ilustración. Pero la dificultad que enfrentará en años posteriores a la publicación de esta obra, es la del extremo opuesto: la del *fatalismo*. Efectivamente, una vez que admitimos que el yo está tejido por múltiples prácticas sociales que, en tanto son prácticas *significativas*, pueden llamarse culturales; admitido el hecho de que la conciencia es sólo otro factor dentro de la existencia humana; y dando por descontado que el yo es sólo un texto; una vez admitido este panorama, ¿qué papel habremos de reconocerle al yo? ¿Cuál es el papel de la conciencia en la trama de la existencia humana? ¿O es que acaso no hay posibilidad alguna de que el yo comience a seleccionar con mayor soltura, con mayor afinidad a sí misma las historias con las que relatará su historia, a fin de cuentas, su *sí-mismo*? Como deja verse, la cuestión de la ambigüedad de la cultura muestra una nueva dimensión: la referida al dilema aparente entre voluntarismo y fatalismo.

Por el momento, concluyamos con Foucault. El objeto de la disciplina que parece defender Foucault, es un *sistema de los inconscientes culturales*. Dicho sistema no sería un análisis de los llamados 'inconscientes colectivos', que es una proyección de la noción del inconsciente individual sobre el conjunto social, ni tampoco sería una sociología de las estructuras sociales. El punto de partida es el reconocimiento explícito de que:

> ...ya que la cadena significante por la que se constituye la experiencia única del individuo es perpendicular al sistema formal a partir del

[51] Foucault, p. 368.

> cual se constituyen las significaciones de una cultura: en cada instante la estructura propia de la experiencia individual encuentra en los sistemas de la sociedad un cierto número de posibles elecciones (y de posibilidades excluidas); a la inversa, las estructuras sociales encuentran en cada uno de sus puntos de elección un cierto número de individuos posibles (y de otros que no lo son).[52]

Este sería el esbozo programático de una tercera contraciencia, además de la etnología y el psicoanálisis, *la arqueología de las ciencias humanas*, *la arqueología del saber*. Esta no hablaría del hombre, o, dicho de otro modo, dejaría de hablar del hombre. A lo sumo, aparecerían los espacios epistemológicos desde los cuales construimos discursos. En este contexto, el discurso no es el 'habla' sin más, ni siquiera si nos referimos al habla en espacios públicos, ni lo que dicen personajes públicos o excepcionales. El discurso es precisamente ese conjunto de estructuras formales, pero al mismo tiempo significativas para los sujetos. Y sin embargo, la experiencia del individuo sigue siendo única. La relevante ahora es que su carácter único e irrepetible no es neutro, indiferente: el individuo se ve ante un conjunto de elecciones posibles (y ningún otro conjunto), por una parte, y, por otra parte, él mismo ha sido encontrado por las estructuras sociales. Juega en un campo, pero no en cualquiera.

Este dispositivo cultural de conocimiento, forjador de saberes, la *episteme*, no está cerrado. Las elecciones de los sujetos le hacen mutar, y viceversa, elegir ciertos sujetos y no otros es de por sí una mutación. La dirección en torno a la investigación de la cultura habría de seguir, pues, está orientación o principio de método:

> ..."dominar una cultura" implica dominar una matriz de posibles permutaciones, un conjunto nunca completamente en marcha y siempre lejos de estar completo, en vez de tratar con una colección finita de significaciones a través del arte de reconocer sus soportes. Lo que aglutina los fenómenos naturales en el seno de una "cultura" es la presencia de esa matriz, una invitación constante al cambio, y no su "carácter sistémico", es decir, en ningún caso la petrificación de algunas elecciones ("normales") y la eliminación de otras ("desviaciones").[53]

La cultura es un discurso simbólico. Lo que debe aclararse ahora es qué entendemos por discurso: exterioridad simbólica Intersubjetiva que constituye los 'sujetos' en tanto que 'sociales'. Desde este punto de vista, los objetos materiales y las prácticas sociales también pueden ser entendidos como discursos:

---

[52] Foucault, p. 369.
[53] Bauman, p. 50.

hablan. Viceversa: los discursos son *objetos* (palabras, sonidos, imágenes, textos, etc.). Así, por ejemplo, una estructura socioeconómica, al tiempo que puede ser 'leída' como un texto, le confiere materialidad al mismo, existencia material; la cultura como discurso simbólico, en este ejemplo, tiene su peso propio dentro de la estructura social, se encuentra materializada en las prácticas sociales (dentro de una fábrica, en el consumo, en la educación, etc.). En consecuencia, no existe cultura que no esté *materializada* en la vida social (desde textos míticos hasta científicos, desde una imagen sacra hasta el organigrama de una empresa, etc.).

Así entendidos, los discursos pueden considerarse elementos constitutivos de los sistemas de los inconscientes colectivos. Con lo cual, un *discurso-objeto* se sostiene sobre varios subsistemas discursivos. Por lo cual, lo que habría que observar no es tanto cómo una cultura mantiene su identidad, sino cómo y hacia dónde muta mientras intenta salvaguardarla, mientras intenta preservarse en sus prácticas regulares. En esto consiste su especificidad histórica, o la identidad como el modo de cambiar.

6. CULTURA Y ESTRATEGIAS DE ACCIÓN

Existe una última concepción de la cultura que nos gustaría explorar. La cultura concebida como el conjunto de componentes que permiten a los sujetos proponerse estrategias de acción para alcanzar fines. Este objetivo, propuesto por Ann Swidler, tiene como contrapartida la finalidad de ser una crítica tanto a la idea de la cultura como aquello que provee valores y da orientación a las acciones, cuanto a la explicación del comportamiento propia de la teoría de la elección racional. En el primer caso, se presupone la continuidad de los fines a toda costa, aun cuando hay pruebas empíricas de que no ocurre de ese modo, pues es posible que cambien los fines; y, sin embargo, se mantengan las prácticas sociales cuya función era alcanzar dichos fines. La pregunta que da origen a esta perspectiva de la cultura como estrategias, es la siguiente:

> ¿Cómo deberíamos entender..., la continuidad en el estilo o *ethos* de la acción incluso cuando estas ideas (y los fines de la acción que recomiendan) cambian? Esta continuidad sugiere que lo que perdura es la *manera en que se organiza la acción*, no sus fines.[54]

[54] Ann Swidler, *La cultura en acción: símbolos y estrategias*; en María Luz Morán (comp.). *Cultura y política*, Revista Zona Abierta, # 77-78, 1996-1997, Madrid, Edits. Contrapunto/ Nuevo Siglo/Noray, p. 135. Por esta vía, también se da cabida a un aspecto crucial de las culturas, a saber, las aparentes contradicciones que se encuentran en el seno de las mismas.

Respecto a la segunda, teoría según la cual la acción se encuentra gobernada por intereses, Swindler comparte la perspectiva de Pierre Bourdieu: las personas no deciden sus acciones una por una y con independencia del resto de las mismas. Ambas perspectivas comparten un importante defecto, desde su perspectiva, y es que se basan en el presupuesto de que la acción es unitaria, monolítica. Nadie construye una secuencia de acciones en la vida social, simplemente porque no puede. En cambio,

> La acción se encuentra necesariamente integrada en ensamblajes mayores, aquí llamados "**estrategias de acción**" ...
>
> El término 'estrategia' no se va a emplear aquí en el sentido convencional de un plan conscientemente ideado para conseguir un objetivo. Es más bien **una forma general de organizar la acción (...) que debería permitirle a uno alcanzar varios objetivos de vida diferentes**. Las estrategias de acción incorporan, y por lo tanto dependen de, los hábitos, los estados de ánimo, los sentimientos y las visiones de mundo (...). La gente no construye las líneas de acción desde la nada, eligiendo las acciones de una en una como medios eficientes para determinados fines. En vez de eso, construyen las cadenas de acción comenzando, al menos, con algunos eslabones prefabricados.[55]

La valoración predominante de ciertos fines es una variante del 'equipaje cultural'. Esto quiere decir que habría una propensión a preferir aquellos fines para los cuales el equipamiento de prácticas es más adecuado. La resistencia al cambio se entendería, pues, como resultado de un apego más a las *estrategias de acción* que a los 'valores'. Esta perspectiva debería ayudar a vislumbrar con mayor claridad cuando menos estas tres perspectivas:

> a) continuidad en la acción social, mientras hay cambio estructural;
>
> b) diferentes comportamientos en iguales o similares condiciones estructurales;
>
> c) continuidades en los modos de vida de grupos concretos.

[55] Swidler, p. 137. También señala nuestra autora las diferencias entre ella y el notable sociólogo francés: "Para él, los patrones culturales proporcionan la estructura sobre la que los individuos pueden desarrollar sus estrategias (...). Para mí, las estrategias son las formas más amplias de intentar organizar una vida (intentando, por ejemplo, asegurar la posición a través de alianzas matrimoniales con familias de prestigio), dentro de las que tienen sentido las elecciones particulares, y para las que resultan útiles las aptitudes y los hábitos (lo que Bourdieu denomina *habitus*) particulares moldeados por la cultura)"; en Swidler, p. 137. Destacadas nuestras.

Lo cual implica que,

> Si la cultura juega el papel causal independiente que Weber le atribuye, no debe cambiar más fácilmente que los patrones estructurales y económicos que supuestamente moldea.[56]

La socióloga norteamericana se percata de lo que es, a todas luces, un elemento empírico de primera importancia en la comprensión de las culturas: las diferencias que podrían establecerse en función de si la cultura que estudiamos está en transformación, o si por el contrario se halla en un proceso de sedimentación. A lo primero denomina 'culturas no asentadas' y a lo segundo, 'culturas no asentadas'. Los aspectos determinantes para la comprensión de la cultura conforman un continuo de tres términos: ideología, tradición y sentido común.[57] En el caso de las culturas no asentadas, la ideología es el término principal, el que destaca en períodos de transformación. Las ideologías pueden ser entendidas como aquellos aspectos de la cultura que se convierten en objeto de disputas y, por lo tanto, no son 'culturas' completas: su dependencia con prácticas del pasado es en este sentido evidente. Además, respecto a las ideologías se discute el papel de los intereses. Pues, aun en el caso de que efectivamente las ideologías sirvan como instrumentos de los intereses, tal cosa es posible porque aquéllas mantienen un gran potencial para la construcción y la regulación de los patrones de conducta.

Ahora bien, en el caso de las culturas asentadas, cuyos términos claves son tradiciones y sentido común,

> Resulta más difícil especificar el papel causal de la cultura en los períodos culturales asentados debido al "vago emparejamiento" entre la cultura y la acción. La gente profesa ideales que no sigue, profiere tópicos sin examinar su validez, o cae en el cinismo o la indiferencia con la seguridad de que el mundo continuará igual. Esos desajustes entre las normas explícitas, las visiones del mundo y las reglas de conducta a las que se adhieren los individuos, y las mane-

[56] Swidler, p. 140.

[57] "Una '*ideología*' es un sistema de creencias y rituales inseguros y altamente articulado, que aspira a ofrecer una respuesta unificada a los problemas de la acción social... las ***'tradiciones'*** son creencias y prácticas culturales articuladas, pero que al ser aceptadas sin cuestionarse parecen partes inevitables de la vida. Diversas en lugar de unificadas, y parciales en lugar de comprensivas..."; Swidler, p. 142. Finalmente, "...el ***'sentido común'*** es aquel conjunto de suposiciones tan inconsciente que parece una parte natural, transparente e innegable de la estructura del mundo"; Swidler, p. 143. Destacadas nuestras.

> ras en las que habitualmente actúan, originan pocas dificultades en las estrategias de acción asentadas.[58]

Esto se traduce, por una parte, en una fusión indiferenciada entre 'cultura' y 'estructura social', en donde las personas se mantienen con una elevada disonancia cognoscitiva:[59] una cosa es la que se dice y otra la que se hace; por otra parte, las influencias de la estructura social también se mezclan con las de la cultura, de modo que la ideología se diversifica y metamorfosea con el sentido común. Al llegar a este punto, las culturas asentadas son hábitos y forman parte de la regularidad de todos los días. Su mayor fuerza radica en el hecho de que estructura situaciones *no institucionalizadas* "...pero recurrentes en las que la gente obra de común acuerdo".[60] Antes de cerrar con la exposición de las ideas de Ann Swidler con las conclusiones más relevantes de las mismas para nuestra propuesta, presentamos el cuadro-síntesis[61] de las mismas:

[58] Swidler, p. 147.

[59] Si bien éste no es el término que emplea la autora, es el que se encuentra al uso en la psicología social para referirse a la distancia que hay entre lo que se dice y lo que se piensa. Este es el nivel de análisis que incorpora la perspectiva de los actores individuales, y que mencionáramos en el caso de Simmel, pero sobre todo de Elias: el individuo social y las estructuras sociales de personalidad.

[60] Swidler, p. 149.

[61] Swidler, p. 150. Al cierre, nos parece curiosa la siguiente afirmación: "A la larga, las oportunidades estructurales e históricas son las que determinan qué estrategias –y por tanto, qué sistemas culturales– triunfan"; p. 156. Lo cual pareciera sugerir que su visión de la cultura no es tan independiente de los factores socioeconómicos, como la propia Swindler pareciera querer hacer ver en su notable artículo.

	CARACTERÍSTICAS	Efectos a corto plazo	Efectos a largo plazo
Culturas sentadas (tradiciones y sentido común).	Baja coherencia; consistencia.	Débil control directo sobre la acción.	Proporciona recursos para construir estrategias de acción.
	Encapsula.		Crea continuidades en el estilo o *ethos* y especialmente en la organización de estrategias de acción.
Culturas no asentadas (ideología).	Alta coherencia; consistencia.	Fuerte control sobre la acción.	Crea nuevas estrategias de acción, pero la influencia a largo plazo depende de las oportunidades estructurales para la supervivencia de las ideologías.
	Compite con otras perspectivas culturales.	Enseña nuevos modos de acción.	

Ann Swidler nos pone en alerta, ante todo, respecto a una cuestión: el estudio de una cultura comienza por distinguir cuáles podrían ser las condiciones posibles en que una cultura se encuentra históricamente. En su caso, distingue entre *culturas asentadas* y *culturas no asentadas* (o culturas en cambio). A continuación, nos alerta sobre el hecho de que la cultura puede ser objeto de disputa y, por tanto, no estar plenamente clarificado su estatuto (ya ni siquiera si es un objeto cultural o no, sino incluso los criterios para juzgar esta cuestión). Si ese fuera el caso, hablamos de ideología. Finalmente, nos propone herramientas para comprender diversas situaciones, principalmente para nosotros, la continuidad en la acción social, mientras hay cambio estructural, por una parte, y por otra parte, la existencia de diferentes comportamientos en iguales o similares condiciones estructurales.

7. ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES PARA UN BREVE TANTEO EXPLORATORIO EN EL ESTUDIO DE LA CULTURA EN VENEZUELA

Hay algunas precondiciones que parecen indispensables para sostener dos conclusiones que, a modo de tanteo exploratorio, nos parecen de cuidado al momento de emprender un estudio acerca de la cultura. Tres al menos merecen especial atención.

Primera precondición. Si puede aceptarse la noción de una *pluralidad anímica* en el lugar de la *centralidad anímica* que unifica aspectos diversos en el marco de la noción de la cultura como *cultivo*, la diferenciación de controles emotivos podría entenderse no sólo como un autocontrol selectivo de la violencia, el pudor el miedo, los placeres, etc., sino que adicionalmente podría evidenciarse la unidad de una cultura en sus pluralidades anímicas, esto es, en los tipos individuales que favorece y que en ella germinan con mayor fortaleza.

Segunda precondición. Si se aprovecha el ventajoso marco explicativo de Norbert Elias, puede proponerse una hipótesis de trabajo complementaria a las propuestas por el autor alemán; adicionalmente a las permutaciones entre cambios en la estructura social y cambios en la estructura de personalidad, es posible que encontremos en la realidad histórica otra opción, a saber, *un aumento en la diferenciación e integración de la sociedad con una desdiferenciación de los controles emotivos*.[62]

[62] Esta hipótesis subsidiaria permite sostener, aun abstracta, teóricamente, la distinción entre cultura, sociedad y personalidad. En esta misma dirección, podría decirse que hay cambio cultural cuando estructuras sociales y de la personalidad coordinan su desenvolvimiento habitual en una misma dirección. Mientras esto no ocurra, podrían haber cambios en las estructuras sociales, y en los *tipos* de personalidad, pero no necesariamente *cambio cultural*. Por otra parte, no añadiremos nada respecto las posibles consecuencias sociales y personales de la hipótesis que sugerimos.

Tercera precondición. Un estudio de la cultura tendría que reconocer algún núcleo utópico en ella. Empero, desde la noción de *estrategias de acción*, la cultura *es* una práctica o conjunto de prácticas; y los sujetos emplean su bagaje de estrategias, 'apostando' desde un pasado que 'conocen', y hacia un futuro que imaginan, pero que no dominan.

Con el transcurrir de los últimos años, ha comenzado a gestarse un curioso fenómeno en nuestra sociedad: la percepción de la crisis, que hemos llamado acá *crisis de la cultura*, ha pasado a convertirse en una *cultura de la crisis*. Las prácticas de nuestro discurso simbólico, se convierten en una estrategia de acción que se ha estabilizado, con relativa independencia de las crisis particulares. Habría que determinar cuál es el papel que cumple el 'cultivo' de situaciones de crisis (o que favorecen posibles crisis), en el equipaje emocional de los sujetos sociales en Venezuela. Tratamos de proponer que son los sujetos los que han adoptado el objeto discursivo de la crisis, resumida en frases tales como 'este es un país en crisis', 'desde tal o cual día, Venezuela entre en crisis', etc. Esta creación ha cobrado vida propia, en tanto las prácticas sociales se ejecutan con el trasfondo de una *posible crisis*, de un momento a otro. Según creemos, y todo tendría que someterse a una investigación de mayor rigor, estos acontecimientos están profundamente vinculados al desarrollo de la clase media durante el siglo XX. La cultura del rentismo hizo crisis, no únicamente por un asunto de distribución del ingreso (pérdida de legitimidad del sistema político de partidos), sino porque el aumento de la complejidad de la sociedad venezolana exige cada vez unas estrategias de acción digamos, cuando menos, distintas.

Y sin embargo, el apego a las antiguas estrategias de acción se mantiene. La cuestión radicaría en saber si es posible generar distintas prácticas, y a qué precio, y si será posible sin un núcleo utópico 'confiable' y 'definitivo' como el que guió a Occidente durante *el proceso de la civilización*. El confort es una placentera promesa, pero que quizá no tengo el poder movilizador que tuvieron términos prometeicos tales como 'emancipación', 'revolución', 'progreso', etc. Finalmente, podría ser interesante que un estudio de la cultura en Venezuela aportara luces en torno al apego a las prácticas concretas[63] que hacen de la *crisis de la cultura, una cultura de la crisis*.

[63] La misma práctica del discurso de la crisis, entre muchas otras.

Entre necesidad y libertad
–Apuntes sobre historia y filosofía política–

Luis Alfonso HERRERA ORELLANA*

Por los malos hábitos de mi educación, yo no conocía otro derecho natural que el despotismo, otra filosofía que la ignorancia, ni otra verdad que mis preocupaciones. Me sobraban libros y maestros que fomentasen ese trastorno de ideas, este abuso de palabras, y esta subversión de principios: ellos eran los que me impedían el desengaño. Cuanto más esclavizado me hallaba, tanto más libre me consideraba: cuanto más ignorante, tanto más ilustrado me creía: cuanto más preocupado, cuanto más adicto a mis errores, tanto más ufano y contento de ellos; cuanto más envilecido, cuanto más negado a la virtud con que debía salir de mi cautiverio, tanto más me vanagloriaba del fiel vasallo y buen servidor del déspota que me oprimía. Con tal de que mi degradación fuese calificada de lealtad en el juicio de mis opresores, y compañeros de mi servidumbre yo no buscaba, ni estimaba en nada la opinión de los ilustrados; y libres.

(Juan Germán Roscio, *El Triunfo de la Libertad sobre el Despotismo*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1996, p. 7).

* **Universidad Central de Venezuela,** Abogado *summa cum laude*. Licenciado en Filosofía.

SUMARIO:

Introducción
1. **El historicismo político bolivariano.**
2. **La revolución.**
3. **La democracia y los derechos humanos.**

INTRODUCCIÓN

Es propicia la oportunidad de homenajear al profesor Juan Bautista Fuenmayor por los aportes brindados al estudio de la filosofía del derecho en Venezuela a lo largo de su labor docente, para efectuar una breve revisión general, desde el punto de vista filosófico, esto es, del pensamiento crítico por oposición al dogmatismo de cualquier género, de algunos temas que, no obstante haber sido ampliamente estudiados por la historia y por la ciencia política, todavía hoy son motivo de debate y confrontación en medio de la conflictividad existente en nuestro país; entre ellos se encuentran los referidos a: i) la vigencia o el anacronismo, total o parcial, del ideario de Simón Bolívar, el Libertador, convertido por obra de la historiografía y de distintos gobernantes en el único sistema de ideas político y ético válido para el pueblo venezolano sin distingo de épocas; ii) la legitimidad libertaria o el autoritarismo encubierto de la revolución, concebida como proceso para romper o superar un estado de cosas despótico o arbitrario; y iii) a la transparencia o la hipocresía del sistema democrático de gobierno liberal-representativo y la doctrina de los derechos humanos protegidos por textos de derecho positivo, comprendidos por un sector de la filosofía política venezolana, como discursos de legitimación y encubrimiento de los intereses dominantes o hegemónicos nacionales e internacionales, para los que no cuentan la desigualdad y la pobreza en que puedan hallarse la mayoría de los pueblos periféricos, las cuales, al apoyar tales discursos hegemónicos, ven desconocido su derecho a que se les considere como seres dotados de dignidad y a gozar de una vida en el que estén satisfechas sus necesidades materiales y espirituales.

El interés por debatir en el plano de las ideas sobre los temas antes mencionados, con argumentos deslastrados de creencias o de sentimientos que enturbian el entendimiento, orienta en su totalidad las líneas que conforman el presente trabajo, ya que el mismo ha sido elaborado teniendo en cuenta que en tiempos de crisis como los que vivimos, la discusión respetuosa y comprometida con las mejores razones –y no necesariamente con *la* verdad– es la mejor contribución que puede darse desde la filosofía para lograr una más exacta comprensión de los problemas que impiden nuestro desarrollo como Nación.

En efecto, no corresponde a un interesado por la filosofía y su vocación formativa ponerse a enumerar responsabilidades con la intención de exigir su cumplimiento o censurar su incumplimiento a los titulares de las mismas, como si ostentara una autoridad *erga omnes* que nadie le ha atribuido, tanto más por cuanto al creer que sus actos de habla[1] están impregnados de esa dogmática y falsa autoridad, quien así discurre abandona el juego de la filosofía y reingresa a la vida cotidiana,[2] escenario propio de la apariencia y de la contingencia, en el que más de lo tolerable para la salud de la República, las pasiones marcan la pauta y la razón es acallada por la prepotencia del mito y el autoritarismo de la fuerza o de la violencia fútil.

En tal sentido, con el doble propósito de exponer algunos puntos de vista que pueden resultar relevantes para transitar hacia una nueva comprensión de la política en Venezuela, y de defender algunas interpretaciones propuestas por la filosofía política contemporánea acerca de las acciones e instituciones que, en mayor o menor medida, están presentes en la vida de la República a principios del siglo XXI, se exponen, en la primera parte del trabajo, las críticas dirigidas por Luis Castro Leiva y otros autores al historicismo político bolivariano y a la religión civil creada en torno a la figura del Libertador; en la segunda parte, se examina el concepto de revolución desarrollado por Hannah Arendt, en el que aquélla, más que expresión de liberación, es instrumento para conquistar la libertad política, y se contrasta, *grosso modo*, con la experiencia revolucionaria del siglo XIX venezolano; en la tercera parte se analiza el significado de la democracia y de los derechos humanos, a la luz de la obra de Norberto Bobbio y Carlos Santiago Nino, como expresión de las sociedades modernas, seculares, en las que el poder del Estado se encuentra separado de la religión –sea trascendente o temporal–.

1. EL HISTORICISMO POLÍTICO BOLIVARIANO

> Bolívar es oceánico. Es el árbol: el que quiera una fruta para dar de comer a alguien, allí está Bolívar fruta; el que quiera una estaca para dar golpes a un yangües, allí está Bolívar con armazones, el que quiera una cruz para clavar a alguien, allí tiene a Bolívar con sus ramas cruzadas, el que quiera una flor para adornar la frente de la

[1] Sobre este concepto, ver John Searle, *Actos de Habla*, 5ª edición, Cátedra, Madrid, 2001, pp. 25 y ss.
[2] *Cfr.* Eduardo Piacenza, *La responsabilidad del filósofo en tiempos de crisis*, Revista Venezolana de Filosofía N° 36/37, ULA, Mérida, 1998, pp. 20 y 21.

> patria, allí está Bolívar florecido, y el que quiera una sombra para esconderse y ocultar una trampa o disparar un perdigón sobre algún incauto pájaro electoral, allí está Bolívar frondoso.
>
> (Andrés Eloy Blanco, 1946, citado por Elías Pino Iturrieta, *El Divino Bolívar*, Catarata, Madrid, 2003, p. 14).

En el Preámbulo y en el artículo 1° de la Constitución de la República *Bolivariana* de Venezuela,[3] reguladora de la actuación de los órganos investidos del Poder Público y garante de los derechos de todas las personas que se encuentren en este país, se establece de manera categórica que la Nación venezolana, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar, y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana, se constituye en Estado democrático y social de Derecho y de Justicia gracias a la invocación del ejemplo histórico de Simón Bolívar en cuya doctrina fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional –inclusive el actual anteproyecto de Código Penal preparado por el Tribunal Supremo de Justicia, quizá con el propósito de contribuir a la correcta y fiel observancia de los mencionados imperativos constitucionales, tipifica en su artículo 985 el delito de difamación e injuria contra la memoria del Libertador–.[4]

En virtud de esta previsión constitucional, algunos autores[5] consideran que existe un verdadero deber jurídico conforme al cual la interpretación y aplica-

---

[3] Aprobada mediante referéndum el 15 de diciembre de 1999, publicada en *Gaceta Oficial* N° 36.860, del 30 de diciembre de 1999, y reimpresa, con significativas modificaciones, por error material de la Asamblea Nacional Constituyente en la *Gaceta Oficial* N° 5.453, del 24 de marzo de 2000.

[4] "Una norma como la propuesta en el anteproyecto, lejos de contribuir a la satisfacción de ese apremiante y legítimo interés del pueblo venezolano, se afinca por razones espurias en la perpetuación del mito político de la divinidad de bolívar, y con tal fin instituye una nueva blasfemia secular. Todo intento de desmitificar la figura del Libertador puede ser entendido como irrespeto, ultraje o menosprecio a su nombre y penado con prisión de tres a seis meses y multa de veinticinco y cincuenta unidades tributarias. Esta incriminación demuestra, además de una gran incultura, la disposición de los nuevos oficiantes de mantener vivo el culto religioso a la figura del Libertador para perpetuarse en la manipulación del pueblo irredento". Jesús R. Quintero, *Lectura político criminal del anteproyecto de Código Penal propuesto por el doctor Alejandro Angulo Fontiveros, desde la perspectiva de la parte especial*, en Fernando Parra (Editor), *Anteproyecto de Código Penal. Comentarios*, TSJ, Caracas, 2004, p. 630.

[5] *Cfr.* Emilio Spósito Contreras, *La Justicia y la Paz Internacionales en la Doctrina del Libertador Simón Bolívar*, en Revista de Derecho N° 12, TSJ, Caracas, 2004; y *Aproximación a los derechos sociales en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, en Revista de Derecho N° 9, TSJ, Caracas, 2003.

ción que se pretenda de todos y cada uno de los mencionados valores fundamentales de la Nación debe ajustarse a las doctrinas que informaron el pensamiento político, moral, social, económico, jurídico, etc., de Simón Bolívar, en tanto padre de la Patria, pero sin advertir la circunstancia de que tales doctrinas son difundidas a la población a través de la mediación de la hermenéutica y de la historiografía, que en vez de esforzarse en exponer tales doctrinas con sujeción a las fuentes intelectuales originales del personaje estudiado, las exponen a partir de las corrientes del pensamiento a las que ellas mismas atienden, que en razón del tiempo en que surgieron, en modo alguno pudieron ser asumidas por el Libertador.

Contra la creencia y defensa de ese supuesto deber jurídico, difundida por intelectuales y gobernantes de Venezuela en lo largo de nuestra historia como un imperativo moral y político (entre otros, Páez, Guzmán Blanco, Gómez, López Contreras, etc.), que convierte la vida del Libertador en fuente por excelencia de *la* filosofía de la historia política de Venezuela, la cual se representa nuestra historia como gesta heroica destinada a la aspiración nunca lograda de su emancipación definitiva, Luis Castro Leiva, tomando en consideración lo afirmado en el primer intento de ruptura discursiva con el bolivarianismo impulsado por Germán Carrera Damas[6] al referirse a la transposición de valores ético-religiosos en la figura de Simón Bolívar, señala que esa supuesta filosofía de la historia política ha alcanzado popular, cívica y oficialmente el rango de una escatología ambigua, transmutada en historicismo político, patético y positivista a un mismo tiempo,[7] en tanto interpreta la historia política venezolana

[6] Nos referimos a *El Culto a Bolívar*, 5ª edición, Alfadil Ediciones, Caracas, 2003, en especial, pp. 37 y ss.

[7] "...entiendo por "historicismo" un punto de vista sobre las ciencias sociales que supone que la predicción histórica es el fin principal de éstas, y que supone que este fin es alcanzable por medio del descubrimiento de los "ritmos" o los "modelos", de las "leyes" o las "tendencias" que yacen bajo la evolución de la historia"; según lo expuesto por Karl R. Popper, en *La Miseria del Historicismo*, Alianza, 1999, p. 17. Como puede apreciarse, la definición acuñada por Popper sobre el historicismo, a partir de la cual se construye su crítica y la de Castro Leiva a este modo de comprender la historia, la política, la economía, etc., no necesariamente corresponde con la filosofía de la historia presente en otros autores y escuelas, en las que no está presente el patetismo y el positivismo de aquellos autores que ven sólo en la necesidad, sin dar espacio a la libertad, el motor de la historia: "En resumen, el historicismo ha exagerado el carácter dinámico de la historia y ha negado la presencia constante de la naturaleza humana, principio primerísimo de la actividad del hombre". Luis Arconada Merino, *Categorías Histórico-Políticas*, LUZ, Maracaibo, 1993, p. 67. Acerca de la legitimidad actual de la filosofía de la historia, ver Aníbal Romero, *La Filosofía de la Historia*, en *Sobre Historia y Poder (Nuevos Estudios de Filosofía Política)*, Editorial Panapo, Caracas, 1998, pp. 3 y ss.

como un constante y perfectible quehacer del legado bolivariano, que transforma el patriotismo que encarna el personaje Bolívar en una "tensión religiosa ambigua", la cual, por contradictorio que parezca, es a la vez sagrada y profana, secular y cívica, dado que oscila permanentemente entre dos tiempos patéticos, del pesimismo al optimismo y viceversa, en la medida que su sustrato no es más que un asunto sentimental, patético, que resulta posible descifrar a partir del punto de vista adoptado por Karl R. Popper para describir en *La Miseria del Historicismo* en qué consiste cierto 'método' historicista de explicación de los fenómenos que constituyen el objeto de estudio de las modernas ciencias sociales.[8]

En tal sentido, Castro Leiva sostiene que el apoyo en la exposición popperiana del historicismo como modelo explicativo y predictivo de los fenómenos políticos, sociales, económicos, etc., procura descifrar hasta qué punto la cultura política venezolana, gracias a la fuerza perlocucionaria de historiografías convergentes aunque disímiles, ha concebido el ideario o sistema –supuestamente– bolivariano como la condición necesaria e indispensable "para la interpretación, predicción o, más propiamente, para la realización profético religiosa de nuestra historia política y moral (...) Más gráficamente, por obra y desgracia de las metáforas, como condición necesaria para la realización de nuestro destino como nación independiente, soberana, etc.",[9] con lo cual se produce una elevación de la figura del Libertador a rango de héroe, que transforma su supuesto ideario en credo civil, su historia personal en leyenda y sus pensamientos, siempre contextualizados de acuerdo con la preferencia o ideología profesada por el gobernante o por el intelectual respectivo, en máximas irrefutables para la praxis política y moral.

A tal extremo llegaría la condición mencionada para arribar a la emancipación, que resultaría posible establecer algunas reglas ineludibles para todos los venezolanos que no quieran merecer el calificativo de antipatriotas o, peor aun, de antibolivarianos, entre las que se enuncian las siguientes: a) 'lo que dejó dicho Simón Bolívar es lo que tiene y debe hacerse', en la medida que nuestra capacidad para actuar políticamente hallase limitado al curso retrodictivo o predictivo del sentido que, de una vez y para siempre, la obra de Simón Bolívar

[8] Luis Castro Leiva, *El Historicismo Político Bolivariano*, en *De la Patria Boba a la Teología Bolivariana*, Monte Ávila, Caracas, 1991, pp. 119 y ss. Sobre el carácter sacrosanto de la figura del Libertador en Venezuela, véase Elías Pino Iturrieta, *Bolívar, Santo de Vestir*, en Revista Bigott N° 50, 1999, pp. 16 y ss.

[9] Luis Castro Leiva, *Op. Cit.*, p. 123.

imprimió a nuestras vidas; b) 'todo lo que hay que hacer y deba hacerse en política y moral en Venezuela está dentro del Ideario de Simón Bolívar', por lo que no hay nada nuevo por hacer, la cultura política venezolana es un *espíritu objetivado* y aun en el supuesto negado de que ello no fuera así, la novedad de una propuesta resultaría aceptada o reconocida como válida sólo de acuerdo a su inherencia con el pensamiento universal de Bolívar –universalidad que evidencia una suerte de "resentimiento parroquial que, sobre la base de un complejo subcivilizatorio pugna por mostrar ante el 'concierto de las naciones', ante 'las naciones unidas', la 'esencia' de la naturaleza del ideario y acción de Bolívar"–;[10] y c) 'tenemos que ser fieles y responder por él y ante él', de modo que se impone una ineludible obligación de dar cuentas de las acciones propias ante la historia , pero no ante cualquiera, sino ante la historia oficial determinada en y por el pensamiento del Libertador, –de este modo "se exhorta a imitar el ejemplo desde el fondo común de una conciencia misionaria, visionaria y profética, que se ha establecido como ley natural del pensamiento político y moral de todo ciudadano", por ello, "frente a la República el individuo tiene ya incorporada en la estructura de su pensamiento la trascendencia del sentido de su propia moralidad: la de encontrarle sentido y obligatoriedad últimos a sus acciones sobre la base de la fe bolivariana".[11]

Ante este patético (según el Diccionario de la Real Academia Española, aquello que es capaz de mover y agitar el ánimo infundiéndole afectos vehementes y con particularidad dolor, tristeza o melancolía) determinismo político y moral, vinculado con la idea de *destino* presente en la religión cristiana, Castro Leiva pone en práctica una orientación metodológica distinta a la dogmática historicista, a partir de la cual indaga los supuestos intelectuales del pensamiento político de Simón Bolívar, en tanto "se transfiere el nivel de análisis de una explicación de ideal universal hacia la particular reconstrucción del contexto intelectual que hizo posible que el propio individuo que fue Simón Bolívar se pensase a sí mismo y, conforme a esa histórica totalidad lingüística universal, se decidiese a actuar de conformidad o en disonancia con sus sentidos y usos lingüísticos",[12] para advertir que tal historicismo, en primer lugar, ha convertido el tema del ideario del Libertador en un asunto esencialmente ideológico, en el doble sentido de crear un ocultamiento interesado de lo que aún no ha sido expuesto o revelado –y que sólo los verdaderos boliva-

[10] *Ibídem*, p. 125.
[11] *Ibídem*, pp. 126-127.
[12] *Ibídem*, p. 137.

rianos están en capacidad de descubrir–, y de crear una falsa conciencia histórica –como ocurrió con la tesis tercermundista legada por Lenin a los países de la América Latina–,[13] con lo cual el pensamiento político de Bolívar se ha llegado a identificar en Venezuela con el sentido y la posibilidad efectiva de la razón política universal; y en segundo lugar, ha engendrado una ética sentimentalista, patética, que resulta criticable por impracticable, en la medida que "si las acciones políticas han de suscitar en la conciencia la posibilidad de juicios éticos, se debe presuponer que la Razón puede y debe ejercitarse en ese dominio. Que el vicio y la virtud en política y la conducta de los políticos dependen, entre otras cosas, de nuestra capacidad racional para evaluar la naturaleza de la acción política. Y esto implica que la Razón permite emitir juicios éticos sobre ese dominio de la praxis política. Por el contrario, el bolivarianismo ha convertido a la ética política en un asunto sentimental y patriótico, esencialmente renuente a la posibilidad del ejercicio de la facultad de juzgar, es decir, impermeable a la Razón".[14]

En este punto, resulta necesario enfatizar la siguiente advertencia, que bien puede percibirse en directo de la fundamentada crítica elaborada por el autor comentado: no se trata de desconocer la importancia histórica que para el proceso de emancipación de las antiguas colonias de la América Española tuvieron las acciones y las ideas que Simón Bolívar emprendió y defendió en su tiempo, intento que, por insensato, no merece siquiera ser considerado; antes bien, el objetivo consiste en enjuiciar críticamente, como corresponde en filosofía, la razonabilidad y legitimidad de la intención cíclica de presentar el ideario del Libertador como un recetario de soluciones a los problemas de la Venezuela contemporánea, tan distante y diversa de lo que pudo haber sido la sociedad asentada en este territorio para la época de Bolívar, a partir del análisis minucioso (contexto histórico, posibilidad de universalización en el plano de las ideas, facticidad contemporánea, etc.), de las fuentes intelectuales del personaje cuyas tesis políticas son representadas en nuestros días como idóneas para orientar la vía política y moral de la Nación, ello sin necesidad de apelar a argumentos *ad hominen* ni obviar aquellas propuestas teóricas y prácticas que efectivamente puedan mantener vigencia.

---

[13] *Cfr.* Carlos Rangel, *El Tercermundismo*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1982, pp. 69 y ss.; y *Marx y los Socialismos Reales*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1988, pp. 75 y ss.

[14] *El Historicismo Político Bolivariano: Una puntualización*, en *De la Patria Boba...*, *Op. Cit.*, pp. 158 a 160.

Como bien lo apunta Elías Pino Iturrieta:

> ...no se trata de emprender una batalla contra una figura cuya estatura merece respetuosa consideración en muchos lugares y desde numerosas tribunas, sino contra el engendro fraguado por una serie de interpretaciones absurdas e insostenibles. La guerra es contra sus sacristanes, una guerra tan decidida como anacrónicas y simplonas son sus formas de negar humanidad y conceder santidad a un grande hombre. La guerra es contra los pontífices que se anuncian como sucesores y continuadores del grande hombre mientras martirizan a sus pueblos o los conducen al precipicio. La guerra es contra los beatos que de tanto adorar a quien no tuvo vocación de ídolo olvidan el movimiento de la historia y las mudanzas de la sociedad.[15]

A nuestro juicio, esta guerra discursiva que refiere el historiador citado se produce, según lo denunciado por Castro Leiva, debido al énfasis que los autores y gobernantes que evocan patéticamente la obra que legó Simón Bolívar a la historia de Venezuela y de la América en general –evocación que da origen al bolivarianismo estatal–, ponen en la condición heroica, cuasi divina y nacionalista en sentido negativo[16] de sus ideas y acciones, sin dar cuenta, ya sea por ignorancia o deshonestidad, de las raíces y fuentes de inspiración del personaje en cuyo ideario juzgan posible fundamentar todo el proceso de inte-

---

[15] Elías Pino Iturrieta, *El Divino Bolívar. Ensayo sobre una religión republicana*, Catarata, Madrid, 2003, pp. 11 y ss. Véase además, las interesantes denuncias y explicaciones expuestas en las páginas 28 y ss. de la obra.

[16] Según Oscar Reyes, es posible distinguir entre la interpretación historiográfica que extrae del pensamiento político de Simón Bolívar un nacionalismo positivo y otra que deriva del mismo un nacionalismo negativo: "Como ya dijimos, Bolívar tiene varios tiempos y sus ideas evolucionan o cambian al punto de llegar a ser contradictorias si no se contextualizan cronológicamente. En los inicios de la guerra de independencia, reconocemos a un Bolívar admirador de los Estados Unidos, al punto que el modelo que inspiró al Libertador para nuestra primera Constitución fue la del gran país del norte. Bolívar ponderaba la democracia de Estados Unidos, y llamaba a ese país cuna de las libertades (...) Pero esta concepción pronorteamericana y liberal democrática cambió con el tiempo, Bolívar comenzó a desconfiar de la capacidad de los pueblos libertados para vivir regidos por instituciones democráticas, como las que señoreaba en EE.UU.. (...) Su pensamiento conservador y pesimista coincide con el tiempo en que su visión sobre los Estados Unidos también cambia. De ser un paradigma político, económico y militar, los EE.UU. pasó a ser el gran enemigo, destinado por la providencia a ser el causante de todas nuestras calamidades (...) Hay por lo menos dos maneras posibles de aceptar la herencia de Bolívar en esta materia: una es un nacionalismo positivo, y otra un nacionalismo negativo. El nacionalismo negativo, cuando se junta con la tesis leninista sobre el imperialismo, da como resultado el Tercermundismo..." *Bolivarianismo, latinoamericanismo y tercermundismo*, en Lógoi 5, Revista de Filosofía, Centro de Estudios Filosóficos de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, p. 197.

gración de la sociedad venezolana, sin prestar atención o reconocer validez a otros sistemas de ideas o propuestas epistemológicas, con lo cual no sólo eliminan cualquier espacio para disentir en forma razonada de los proyectos y las ideas contenidos en el pensamiento político del héroe –sin entrar en el examen de la viabilidad actual o no de ellos–, sino también, en la medida que edifican una escatología dogmática, desconocen la ruptura que la filosofía de la modernidad supuso con el derecho natural y con la religión como bases o fuentes de legitimación de la política, la moral y el derecho, y más aún, con los mitos, los relatos, las tradiciones, las leyendas o el poderoso nivel de lo sacro que en las comunidades y sociedades premodernas eran la base dogmática de la cohesión y conducta social de los individuos.

Así, la ideología real que en una determinada época orienta con vocación perlocutiva la difusión del culto al Libertador como discurso oficial histórico, filosófico o político útil para legitimar planes gubernamentales o partidistas de acción pública, pasa encubierta bajo el manto sacrosanto de Simón Bolívar, que les hace inmune ante la Política deliberativa, a la que cabe acusar de antipatriota o antinacionalista, como advierte Manuel Caballero:

> sobre la base del prestigio real de los libertadores y de su transformación en mitos populares, los gobernantes venezolanos han ido formando la religión patriótica, en un país menos indiferente que indolente en materia religiosa. El culto a los libertadores, pero sobre todo a Bolívar, se ha transformado en un fundamentalismo intolerante y fanático: nadie en su sano juicio, sobre todo si tiene aspiraciones políticas, se atrevería a decir que el Libertador se equivocó alguna vez en su larga carrera pública.[17]

Lo expuesto hasta aquí, nos invita a interrogarnos en torno a la conveniencia que esa fe republicana tiene para la convivencia pacífica, plural y democrática de los venezolanos del siglo XXI, en la medida que es auspiciada desde distintas teorías e ideologías con frecuencia contradictorias entre sí, según lo ha indicado Ibsen Martínez sin pretensiones, a nuestro juicio, de derivar conclusiones falaces de tal constatación;[18] por ejemplo, ¿es políticamente correcto,

---

[17] Manuel Caballero, *La Historia de la Independencia como Mitología*, en el libro *Revolución, Reacción y Falsificación*, Alfadil Ediciones, Caracas, 2002, p. 23.

[18] *Cfr.* Ibsen Martínez, *Bolívar de izquierda, Bolívar de derecha*, en *El Nacional,* 06-10-03, C A/9; *Bolivarianos, pero de izquierda*, en *El Nacional,* 13-10-03, C A/9. En ellos, el articulista, sin aventurarse en la lógica formal, ofrece muestras claras de la hipocresía y el fundamentalismo con que el legado de Bolívar ha sido manipulado a conveniencia por diferentes gobernantes e "intelectuales" de la América Latina.

esto es, racional, pretender resolver los conflictos enfrentados en la actualidad por la Nación venezolana (pobreza, centralización del poder, exclusión en el disfrute de los derechos humanos, etc.), a partir de las "salidas" que el culto a Simón Bolívar, convertido en héroe, propone, cuando muchos de los dogmas que defiende dicha religión civil no provienen del pensamiento del hombre universal al que se atribuyen, sino de las diversas ideologías[19] que se han ocultado a lo largo de nuestra historia bajo la figura del Libertador?; ¿son válidas, viables, aplicables a la compleja realidad de la sociedad venezolana, los ideales, las teorías y las propuestas elaboradas por los pensadores que constituyen la fuente intelectual del ideario de Simón Bolívar, como son Voltaire y Rousseau? (para no entrar en la revisión de la viabilidad de las teorías encubiertas desde las que se reinterpreta el legado del Libertador). Concluiremos esta primera parte, haciendo una breve referencia a las patologías que afectan a cualquier sociedad dominada por el culto a los héroes históricos, legendarios o míticos, y algunas de las inconsistencias detectadas por la filosofía política al moderno pero romántico pensamiento político de Juan Jacobo Rousseau, una de las fuentes primarias del pensamiento político de Bolívar.

En cuanto al primer "aporte" del bolivarianismo –que no del Libertador– a la sociedad venezolana, el culto al héroe construido en torno a la figura de Simón Bolívar –a quien no podría acusársele de déspota, si se ha sido buen lector de Nicolás Maquiavelo, ni de narciso, pues con seguridad poco tiempo debe haberle dejado su *vita activa* para alabarse a sí mismo–,[20] especialistas en sicología analítica como Rafael López Pedraza, al estudiar el fenómeno, común en las

[19] Ejemplos de esta práctica son las tesis expuestas por Francisco Pividal, en *Bolívar. Pensamiento Precursor del Antiimperialismo*, Editorial Ateneo de Caracas, 1977, pp. 91 y ss.; J. R. Núñez Tenorio en *Reencarnar el Espíritu de Bolívar (Bolívar y la Guerra Revolucionaria)*, Editorial Panapo, 1998, donde se sostiene, por ejemplo, que en la teoría militar de Bolívar estaba presente como táctica armada la guerra de guerrillas, tan adorada por ciertos "líderes" en diferentes países de América Latina, y por Alberto Müeller Rojas, en *Tiempo de Revolución en Venezuela*, Solar Ediciones, Caracas, 2001, cuyas líneas responden en buena medida a la teoría tercermundista a la que nos referimos en la nota 13.

[20] José Ignacio Cabrujas parece no haber coincidido en tal opinión: "Bolívar es un personaje fantástico, no por lo que siempre se dice de bajarlo de la estatua (cosa que le hubiera molestado muchísimo, porque trabajó para una estatua, se hubiera indignado si alguien le dice que no era una estatua) sino porque es un personaje excepcional, porque es un tipo demasiado solitario, arbitrario y con un 'yo' que no creo que ningún otro venezolano haya tenido"; en Rafael Arráiz Lucca, *Venezuela en Terapia Intensiva*; Alfadil, Caracas, 2003, pp. 175 y 176. Sobre aspectos de la vía del Libertador no tan estudiados, pero de indudable valor histórico para los venezolanos del presente, véase Inés Quintero, *La Criolla Principal. María Antonia Bolívar*, Fundación Bigott, Caracas, 2003.

Naciones latinoamericanas –no por casualidad más expuestas que otras al populismo y al romanticismo político– ha indicado que es notable la falta de reflexión que se advierte en los escritores e intelectuales de estas Naciones al aproximarse a las causas y a las salidas de la miseria y el atraso de grandes porciones de sus poblaciones, la cual responde, las más de las veces, a la influencia de las ideologías presentes en las lecturas seguidas por aquéllos, situación que no sólo impide una aproximación no distorsionada a la realidad que viven sus sociedades, sino que contribuye a que prevalezcan explicaciones mágicas en la descripción de las causas de las crisis, y sueños futuristas, utópicos, en las propuestas de superación de la conflictividad que la pobreza y otros problemas generan en la América Latina.

El referido autor señala al respecto: "...nuestra historia se ha visto mayormente como gesta y de esa manera se la ha glorificado. Pero al glorificarla, la historia heroica ha constelizado su opuesto: la sombra inconsciente y por tanto irreflexiva. En nosotros no es difícil ver que la figura, el mito y el culto del héroe forman un componente muy fuerte en cualquier cosa que llamemos nuestra identidad latinoamericana básica (...) Es sorprendente nuestra poca reflexión sobre los héroes desde el punto de vista de nuestra patología colectiva. Y también sobre el hecho de que esa patología aparece reiteradamente en nosotros, lo cual nos da a entender que el héroe es una figura central en complejos que nos dominan por su autonomía. Vivimos en sociedades en las que estos complejos autónomos abundan, destruyen sistemáticamente las posibilidades de cultura y generan pobreza, violencia, crimen y destrucción. Pero no reflexionamos sobre tales cosas como tragedia histórica, porque nuestra visión está muy reducida o está bloqueada por nuestras proyecciones míticas en torno al héroe".[21] Si lo afirmado es cierto, como parece indicar el pasado reciente de la América Latina,[22] permítasenos al menos dudar que la erradicación del pensamiento diverso, del pluralismo y de la libertad para actuar en materia económica y social a la que conducen las religiones cívicas y las ideologías que las alimentan de forma encubierta o explícita, con apoyo en quebrantos colectivos como el culto a la personalidad,[23] ayuden a Venezuela a salir del desgarramiento acentuado desde principios de la década de

[21] Rafael López-Pedraza, *Sobre Héroes y Poetas*, Festina Lente, Caracas, 2002, pp. 21 y 27.
[22] *Cfr.* Carlos Rangel, *Del Buen Salvaje al Buen Revolucionario*, Monte Ávila, Caracas, 1992, pp. 299 y ss.
[23] Sobre el tema, véanse los trabajos publicados por Fernando Yurman, Tulio Hernández, Elías Pino Iturrieta y Gisela Kozak Rovero, en la Revista *Veintiuno* N° 1, *El culto a la personalidad. Demasiada Idolatría*, Fundación Bigott, Caracas, 2004, pp. 24 y ss.

los 80, cuyos complejos problemas tampoco podrán comprenderse y enfrentarse debidamente con el nihilismo soporífero que supone para una Nación como la nuestra el paradigma postmodernista.[24]

Con relación a la vigencia de los planteamientos de Juan Jacobo Rousseau, que de manera acrítica podría estar presente en alguna evocación reciente de su pensamiento democrático[25] por el hecho de haber sido Bolívar comprometido lector de su principal obra, el Contrato Social,[26] ello de cara a la interpretación y aplicación de algunas instituciones de la Constitución venezolana de 1999, conviene tener en cuenta, sin intención de desconocer el valor indiscutible que la obra del filósofo ginebrino tuvo en el momento histórico en que fue elaborada y discutida en la Europa del siglo XVIII, que especialistas en el estudio de su pensamiento político como María José Villaverde, sin incurrir en condenas irracionales, han advertido sobre las precauciones con que debe el lector aproximarse al pensamiento político rousseauniano, lleno de ideas patéticas y utópicas, respecto de la complejidad y la diversidad cultural, política, religiosa, etc., de las sociedades modernas surgidas a raíz de la eliminación del régimen absolutista, del reconocimiento legislativo de los derechos del hombre y del ciudadano y de la expansión del modelo económico capitalista, presente, por cierto, en las supuestas sociedades socialistas, en las que el capitalismo de los privados fue sustituido por el capitalismo de Estado.

En el estudio preliminar a su traducción de *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*, la autora mencionada señala lo siguiente:

> ...el modelo político propuesto en *El contrato* aúna así las antiguas instituciones políticas ginebrinas, idealizadas en la mente de Jean-Jacques por la lejanía y el recuerdo, con la Ciudad-Estado grecorro-

[24] Según Rigoberto Lanz, la taimada propuesta postmoderna, por oposición a la hegemónica y engañosa moderna consiste "es un clima, un momento, el aire que respiramos. Imagínate que soy Voltaire y digo: 'Confío en la razón, creo en el progreso, el hombre va para alguna parte, la humanidad tiene futuro'. Pues bien, el clima que respiraba Voltaire, dominado por la razón y la ciencia en plan de rectoras de la naturaleza, era la modernidad. Todo esto hizo agua, después de Auschwitz no se puede hablar de progreso con una mínima decencia. ¿De qué progreso hablamos? Estamos en un globo terráqueo que va al colapso ecológico. La postmodernidad es la crisis, es el malestar de la cultura, es la desconfianza, es la ciencia mostrando sus límites". En Rafael Arráiz Lucca, *Venezuela en Terapia Intensiva*; *Op. Cit.*, pp. 217 y 218.

[25] Emilio Spósito Contreras, *Aproximación a los derechos sociales en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, *Op. Cit.*, pp. 390 y ss.

[26] *Cfr.* Luis Castro Leiva, *Una Cristiana muerte ilustrada: Patetismo e historicismo en el Discurso Político Bolivariano,* en *De la Patria Boba...*, *Op. Cit.*, pp. 92 y 101 y ss.

> mana, cuyas virtudes y costumbres modélicas le enseñó a reverenciar su padre. El pueblo reunido en asamblea, legislando, como lo hacían los antiguos griegos y romanos. He aquí el sistema que Rousseau propone como ideal a la Europa ilustrada. A esa Europa de los grandes Estados nacionales y centralizados, Jean Jacques tiene la osadía de presentarle como alternativa el modelo de la *polis*. Frente a la tendencia creciente a la centralización, Rousseau aconseja, por el contrario, a los grandes Estados como Polonia adoptar el modelo federal, y frente a la burocratización de las grandes monarquías, taimada defiende un antiestatismo que reduzca al mínimo todo tipo de funciones y de cargos. Y frente a los grandes ejércitos permanentes propugna las milicias populares (...) La utopía rousseauniana consiste así en un intento de detener la marcha de la historia y preservar a esos pueblos poco desarrollados de un progreso que el ginebrino juzga destructor.[27]

Como se desprende de lo sostenido por Villaverde y de lo explicado por Norberto Bobbio,[28] Rousseau integra la Escuela iusnaturalista, es un autor liberal-democrático debido a su abierta oposición al absolutismo y al centralismo del Poder, pero, al mismo tiempo, es un autor romántico y utopista, que frente a la doctrina liberal que se base en la división de poderes y en el principio de la representación, consagrado en la Constitución de 1999 (artículos 5 y 186), defiende la eliminación de éstos y plantea la viabilidad de la democracia directa, propia de las antiguas ciudades Estado griegas, en las que existían pocos habitantes y menos hombres con derecho a ejercer libertades políticas, que en modo alguno puede confundirse con el actual derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos, imprescindible para el control popular de la actividad administrativa y legislativa del Estado y por ello cada vez más común en las sociedades modernas, también presente y notablemente mejorada en el Texto Constitucional vigente (artículos 5 y 62 y siguientes): "En realidad, los textos de Rousseau dan pie para la interpretación autoritaria y la liberal, según el lugar dónde se ponga el acento. Es indudable su posición democrática. Pero creemos difícil no tener que calificar de totalitaria, o por lo menos de autoritaria, la democracia rusoniana, si nos atenemos al tono dominante. El sentido comunitario del pueblo como totalidad, la diferencia claramente del absolutismo liberal de Hobbes y Espinosa, así

[27] *Cfr.* María José Villaverde, Estudio preliminar a Juan Jacobo Rousseau, *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp. XV y ss.
[28] *Cfr.* Norberto Bobbio/Michelangelo Bovero, *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, FCE, México, 1998, pp. 123 y ss.

como del liberalismo individualista dominante en su época. Su oposición a los grupos intermedios contrasta con el pluralismo, hoy generalmente asociado a la idea de la democracia en Occidente, como su religión civil con la creciente tendencia a la separación entre Estado y religión".[29]

Quizá nadie mejor que el propio Bolívar ha dado cuenta de los excesos utópicos del pensamiento político de Rousseau,[30] y de las consecuencias prácticas que para una Nación supone el sucumbir ante el patético atractivo de sus fórmulas de organización estatal y política al reflexionar en su *Manifiesto de Cartagena* de 1812 sobre las causas de la pérdida de la Primera República:

> Los códigos que consultaban nuestros magistrados no eran los que podían enseñarles la ciencia práctica del gobierno, sino los que han formado ciertos buenos visionarios que, imaginándose Repúblicas aéreas, han procurado alcanzar la perfección política presuponiendo la perfectibilidad del linaje humano. Por manera que tuvimos filósofos por jefes, filantropía por legislación, dialéctica por táctica y sofistas por soldados.[31]

Por ello, en modo alguno nos está permitido a los venezolanos de comienzos de este nuevo siglo, después de transcurridos casi doscientos años desde aquel primer intento de emancipación nacional, suscribir de manera irreflexiva no sólo las ideologías solapadas que se nos inculcan bajo la figura del Padre de la Patria, sino también las propias fuentes intelectuales del Libertador, bajo el simple argumento –derrotable como parecen sugerir los autores citados en esta primera parte– que las mismas son válidas y aplicables en forma intemporal y legítima al "proceso histórico venezolano" por el solo hecho de integrar el ideario político de Bolívar, quien, como ser humano que fue, cometió errores, por exceso o por defecto, tanto en el plano de las ideas como en el plano de la práctica, errores que todos los venezolanos de hoy tenemos derecho a conocer, analizar y debatir

[29] Antonio Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*, 4ª edición, Alianza, Madrid, 1995, p. 352.
[30] Sobre el utopismo del ginebrino y los riesgos de su interpretación patética, véase Juan Bautista Fuenmayor, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Editorial Buchivacoa, Caracas, 1994, p. 189; también el artículo de Rafael Arráiz Lucca, *Un desmentido a Rousseau*, en *El Nacional,* 24 de mayo de 2004, A/8, donde se afirma: "El rousseaunianismo, evidentemente, no puede ser otra cosa hoy en día que un anacronismo, una mueca que se hizo ideología y que repiten quienes no han advertido que las ideas del francés llevan siglos de haber sido enriquecidas y superadas".
[31] Tomado de Arturo Úslar Pietri, *Cuéntame a Venezuela*, Lisbona, Caracas, 1981, p. 85.

libremente, tal y como la presente obra en homenaje a un destacado profesor universitario permite el debate de ideas políticas, no para negar la importancia y valor que la figura del Libertador de Venezuela tiene en la historia de esta Nación (que no sólo se halla durante la guerra de independencia, sino también durante la integración de las regiones –actuales estados federales–, luego de las cruentas guerras civiles del país), o para desconocer su compromiso con los valores de justicia, libertad e igualdad ante la ley de las personas en el marco de un Estado de Derecho, propios del constitucionalismo moderno, sino para evitar incurrir en esos mismos equívocos, de modo que no sean obstáculo para la efectiva solución de nuestros problemas contemporáneos.[32]

Sólo así puede tenerse por legítimo lo prescrito en el artículo 107 de la Constitución de 1999, acerca de la enseñanza del ideario bolivariano, cuya exposición debe ser reflexiva, crítica, mas no romántica o hagiográfica, como lastimosamente ha sido hasta ahora desde la educación básica venezolana.

2. LA REVOLUCIÓN

> El drama de los movimientos revolucionarios es que muchos demócratas, al participar en ellos, se transformaron en dirigentes o miembros activos de un régimen autoritario (...) Los dirigentes que, en nombre de fuerzas populares, derrocaron oligarquías y los antiguos regímenes creyeron a menudo, desde el principio, en la necesidad de una dictadura del proletariado o de un gobierno nacionalista autoritario, encargado de dirigir una guerra de liberación; escogieron entonces un camino opuesto al de la democracia...
>
> (Alain Touraine, *¿Qué es la Democracia?*, FCE, México, 2001, p. 254)

[32] Culminamos esta parte con la suscripción de la siguiente propuesta de Castro Leiva: "Nuestra concepción de la legitimación política no puede depender servilmente de la acrítica aceptación ni del pensamiento de Simón Bolívar ni menos de lo que con él ha hecho la historiografía bolivariana. Para ser libres, es necesario comenzar por analizar críticamente el pensamiento del Libertador. Tal pudiera ser el mejor precio de una Libertad y quizá de cualquier Libertad del pensamiento", *El Historicismo Político Bolivariano: Una puntualización*, en *De la Patria Boba...*, *Op. Cit.*, p. 183. Muestra de esta disposición crítica ante el ideario del Libertador, son los trabajos de Hermann Petzold-Pernía, *Breve estudio comparativo entre la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los Proyectos Constitucionales de Simón Bolívar de 1819 y 1826*, en *Estudios de Derecho Público, Homenaje a Humberto J. La Roche,* TSJ, Caracas, Volumen II, 2001, pp. 309 y ss; y *Algunas consideraciones sobre la vigencia actual del pensamiento político de Simón Bolívar, Derecho y Sociedad*, Revista de Estudiantes de Derecho, Universidad Monteávila N° 3, Caracas, 2003, pp. 283 y ss; y de Aníbal Romero, *Bolívar como Héroe Trágico*, en *Venezuela: Historia y Política*, Panapo, Caracas, 2002, pp. 51 y ss.

Muchos de los venezolanos que vivimos en este comienzo del siglo XXI, podríamos creer ingenuamente –debido a nuestro poco o inexistente interés en estudiar y comprender la historia de esta Nación, que todavía no logra su integración definitiva– que la invocación de procesos revolucionarios como vía expedita y eficiente para superar de manera inmediata y definitiva las injusticias e iniquidades que afectan a los integrantes de grandes sectores de la población, discriminados u olvidados por los gobernantes y los sectores intermedios de la sociedad, es una circunstancia novedosa, que sólo en nuestro presente ha orientado la acción de distintos movimientos políticos y sociales del país, y cuyos resultados beneficiosos o perjudiciales, han de ser evaluados a beneficio de inventario, debido a la imprudencia de juzgar *a priori* una propuesta de reorganización de todos los órdenes de la vida pública y privada de los venezolanos, que carece de antecedentes en la corta vida independiente de esta República.

Empero, basta con realizar un examen de los acontecimientos políticos, económicos, sociales y militares más relevantes del siglo XIX venezolano, para advertir que, con independencia de la ideología local o foránea que la inspirara, la invocación del hecho revolucionario como vía idónea para restablecer la armonía perdida o para imponer un nuevo estado de cosas en que se respetase "verdaderamente" la condición humana de los marginados y desfavorecidos, no ha sido ajena a estas tierras.[33] En tal sentido, un estudio general del período señalado es suficiente para apreciar cómo su difusión y adopción por diferentes personajes y grupos de la vida regional, bajo diversas banderas y consignas, contribuyó con indolencia a mermar las ya paupérrimas condiciones de vida de la población campesina e indígena, y, asimismo, para constatar cómo su permanente reivindicación por toda

[33] Manuel Caballero, en *De la Pequeña Venecia a la Gran Venezuela*, Monte Ávila Breve, Caracas, 1999, pp. 85 y ss; registra la activación de cinco (5) procesos revolucionarios durante el siglo XIX venezolano: la "revolución de las reformas" de 1835, la "revolución federal" de 1859, la "revolución azul" de 1868, la "revolución liberal" de 1870 y la "revolución legalista" de 1892, más la "revolución libertadora" de 1903. A pesar de esta pléyade de "gestas libertarias e igualitarias", Guillermo Morón en su libro *Breve Historia Contemporánea de Venezuela*, FCE, México, 1998, pp. 199 y ss., al referirse a cuál fue el modo de ejercicio del poder durante el siglo XIX (que él ubica entre 1830 y 1935) emplea un término específico: la dictadura.

suerte de caudillos y bandidos propició las bases para la asunción y permanencia en el poder de una férrea dictadura como la de Juan Vicente Gómez.[34]

Ahora bien, para enjuiciar desde la perspectiva de la filosofía política la legitimidad y honestidad de los procesos revolucionarios vividos por los habitantes decimonónicos de esta Nación, por ejemplo, durante la llamada guerra federal o de los cinco años (1859-1863),[35] e incluso para al menos comprender en parte la situación que actualmente observamos y vivimos los venezolanos de este –cronológico– comienzo de siglo, puede resultar útil –pues, como veremos, existen análisis distintos e incluso contrarios al que aquí será seguido– examinar lo expuesto por Hannah Arendt al reflexionar activamente sobre la revolución como instrumento para alcanzar, más que una simple y circunstancial liberación, la libertad política de los integrantes de una colectividad –esto es, considerados como sociedad y no como individuos, pues fuera de aquélla, mal puede nacer y desarrollarse la condición humana–. Para ello, estimamos necesario indicar brevemente lo que constituye una premisa indispensable para la comprensión de la propuesta harendtiana sobre la revolución y la política como *acción*, esto es, como manifestaciones de la *vita activa* del ser humano y no como expresión de una fuerza o espíritu trascendente

[34] No es propósito de este trabajo examinar esta crítica situación de los habitantes de la Venezuela del siglo XIX, víctimas del despotismo estatal y del vandalismo revolucionario; por ello, nos limitamos a sugerir la lectura de, además del ya citado de Guillermo Morón (pp. 230 y ss.), los siguientes: Diego Bautista Urbaneja, *Introducción Histórica al Sistema Político Venezolano*, en *12 Textos Fundamentales de la Ciencia Política Venezolana*, UCV-FCJP, Caracas, 1999, pp. 318 y ss.; José Luis Salcedo Bastardo, *Historia Fundamental de Venezuela*, 11ª edición, UCV-FHE, Caracas, 1996, pp. 413 y ss., Elías Pino Iturrieta, *País Archipiélago. Venezuela, 1830-1858*, Fundación Bigott, Caracas, 2001, pp. 281 y ss. Particular importancia reviste el trabajo de Benjamín A. Frankel, *La Guerra Federal y sus Secuelas*, en la obra colectiva *Política y Economía en Venezuela (1810-1991),* 2ª edición, Fundación John Boulton, Caracas, pp. 129 y ss., donde se exponen las consecuencias económicas de la devastación "federal" que condujo a una nueva hegomonía: la de los Guzmán. Finalmente, acaso la mejor y más lúcida exposición documental y crítica de este período, es la de Antonio Arráiz, *Los Días de la Ira. Las Guerras Civiles en Venezuela 1830-1903*, Vadell Hermanos, Valencia, 1991.

[35] Resulta interesante lo expresado por el maestro Chiossone sobre las causas y efectos de la Guerra Federal: "No hemos creído nunca que la Guerra Federal fuera una lucha de clases, ni mucho menos una lucha para imponer determinado orden económico. Se hubiese denominado de otro modo y no 'federal', porque este término quiere decir *alianza* (*fedus*, *federis*) y la única alianza posible en esos momentos era la unión de las Provincias con el propósito de conservar y mantener la antigua autonomía que nació de los Cabildos. Después en el presente, como propaganda política de algunas ideologías, se le ha querido dar a la Guerra Federal un sentido y una finalidad que jamás tuvo en quienes lucharon en ella". Tulio Chiossone, *Constitución Centralista con Ribetes Federales, en Estudios sobre la Constitución*, *Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo I, UCV, Caracas, 1979, p. 221.

(Dios, la Historia, el Espíritu Universal, etc.) que sólo pueden ser aprehendidas mediante el uso del lenguaje común y del sentido común:

> La pretensión es nada menos que la de pronunciarse, sobre la base de una opinión sustentada en el sentido común, acerca de la autonomía o heteronomía de las acciones humanas, acerca del determinismo o indeterminismo de la historia, acerca de la 'necesidad histórica' y de la 'libertad política'.[36]

Así, una vez aclarado que para Arendt el objetivo del pensamiento político[37] no es lograr entender, sino servir como medio para dar respuesta a una pregunta pragmática y vital para los seres humanos: ¿qué está en nuestras manos hacer?,[38] vemos cómo la autora afirma de entrada, que la única causa abandonada por el mundo moderno[39] es, paradójicamente, la más antigua de todas y la única que, en realidad, ha determinado, desde el comienzo de la historia de la civilización –occidental agregamos nosotros– la existencia misma de la Política, a saber, la causa de la libertad contra la tiranía,[40] y que el origen de tal abandono, cuyas negativas consecuencias resultan más nítidas en los períodos de crisis de las sociedades, debe ser hallado no sólo en los diferentes objetivos que

[36] Marisa Khon De Beker, *El Concepto de Revolución en Hannah Arendt*, en Episteme NS N° 2, Revista del Instituto de Filosofía, UCV-FHE, Caracas, 1982, p. 245.

[37] Para Arendt "el pensamiento político es aquel que trata de describir lo que sucede en el ámbito histórico en un momento crítico sin valerse de explicaciones que subordinen los fenómenos observados a un proceso preestablecido, y sin pretender tampoco que ese pensamiento sea un conocimiento científico; pero que aspira a tener un valor testimonial que debe ser tomado en cuenta cuando se pretende explicar la historia..." Marisa Khon De Beker, *Op. Cit.*, p. 247.

[38] De allí que para la autora, la *acción* sea la más importante de las actividades –prácticas– humanas. *Cfr.* Hannah Arendt, *La Condición Humana*, Paidós, Madrid, 2001, pp. 199 y ss.

[39] "Es imposible llamar moderna a una sociedad que busca ante todo organizarse y obrar de conformidad con una revelación divina o una esencia nacional. La modernidad no es sólo cambio puro, sucesión de acontecimientos; es difusión de los productos de la actividad *racional*, científica, tecnológica, administrativa. Por eso, la modernidad implica la creciente diferenciación de los diversos sectores de la vida social: política, economía, vida familiar, religión, arte en particular (...) La modernidad excluye todo finalismo. Implica la secularización y el desencanto del que habla Weber, quien define la modernidad por intelectualización y la manifiesta ruptura con el finalismo del espíritu religioso que se refiere siempre a un fin de la, a la realización completa del proyecto divino o a la desaparición de la humanidad pervertida e infiel a su misión". Alain Touraine*, Crítica de la Modernidad*, FCE, México, 2002, p. 17; las críticas a la exacerbación en el siglo XX de la razón instrumental, y la propuesta de rescate de la modernidad en Jürgen Habermas, *El Discurso Filosófico de la Modernidad*, Madrid, Taurus, 1985, y en *Ética del Discurso. Notas sobre un Programa de Fundamentación*, en *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Península, Madrid, 1985, pp. 57 y ss.

[40] *Cfr.* Hannah Arendt, *Sobre la Revolución*, Alianza, Madrid, 1988, p. 11.

terminaron por perseguir las dos revoluciones más importantes de la época moderna en el mundo occidental, la estadounidense de 1776 y la francesa de 1789 –que sirvieron de antecedentes e inspiración a la desarrollada en las colonias de la antigua América Española durante la primera mitad del siglo XIX–, sino también a la desigual difusión, debate y comprensión que tanto una como otra han tenido a lo largo de la historia del pensamiento político moderno.

En efecto, según la autora comentada, desde los tiempos de Aristóteles, de una u otra manera, puede sostenerse que en la actual Europa, la cuestión social (esto es, el problema de la pobreza, de la discriminación, de la distribución inequitativa de la riqueza, la exclusión de vastos grupos humanos de las oportunidades de desarrollo, etc.) animó las reflexiones políticas de los más importantes pensadores, quienes pronto advirtieron cómo los tiranos muchas veces se elevaban al poder gracias a la ayuda de los pobres o del pueblo llano y, asimismo, cómo el mantenimiento de dichos tiranos dependía en gran medida del deseo albergado por el pueblo de lograr una mayor igualdad de condiciones materiales de vida.

Ahora bien, comenta Arendt, que tal preocupación llegó a desempeñar un papel revolucionario en el viejo continente, junto con el ideal de liberación,[41] cuando en la época moderna las personas comenzaron a dudar que la pobreza fuera inherente a la condición humana y a pensar que era posible satisfacer de un modo más justo e igualitario las necesidades padecidas por la gran mayoría de los integrantes de la sociedad, mediante la constitución de estructuras burocráticas centralizadas, dedicadas a la prestación de servicios.

Por otro lado, advierte que esta exigencia de reivindicación social típica de Europa, no está en la génesis de la revolución estadounidense, cuyo *telos* no era tanto lograr la igualdad de los habitantes de las antiguas colonias británicas (que garantizó en mayor o menor la amplitud de oportunidades y la acogida del trabajo como un valor social en dicha sociedad) como la liberación y goce de libertades políticas de sus integrantes, mediante su conversión en ciudadanos (que tal vez fue lo que se pretendió en Venezuela, en forma apresurada, al dictar la Constitución de 1811, con la cual nació la Primera República).

[41] "Quizá sea un lugar común afirmar que liberación y libertad no son la misma cosa, que la liberación es posiblemente la condición de la libertad, pero que de ningún modo conduce directamente a ella; que la idea de libertad implícita en la liberación sólo puede ser negativa y, por tanto, que la intención de liberarse no coincide con el deseo de libertad": Hannah Arendt, *Op. Cit.*, p. 30.

Señala Arendt: "lo que los hombres de la Revolución americana consideraron una de las innovaciones más importantes del nuevo gobierno republicano, la aplicación y la elaboración de la teoría de la división de poderes de Montesquieu al cuerpo político, desempeñó un papel secundario en el pensamiento de los revolucionarios europeos de todos los tiempos; la idea fue rechazada inmediatamente, incluso antes de que estallase la Revolución Francesa, por Turgot en nombre de la soberanía nacional, cuya majestad (...) al parecer exigía un poder centralizado e indiviso".[42] Vemos así como, a pesar de compartir aspectos típicos de todo proceso revolucionario moderno (como es la secularización, es decir, la separación de religión y política y la constitución de una esfera secular para la última con su propia dignidad), los objetivos de las dos revoluciones comentadas fueron por entero diferentes.

En efecto, mientras los objetivos perseguidos por los revolucionarios de las antiguas colonias británicas desde el inicio fueron la conquista de libertades positivas, el derecho a intervenir activamente en la vida política de la Nación, a contar con efectivos mecanismos judiciales de control del Poder Público para hacer efectivo el principio democrático según el cual la soberanía reside en el pueblo, y a dotar de vigencia al principio fundamental del constitucionalismo moderno, que postula el carácter normativo y superior del Texto Constitucional como estatuto de los derechos de los ciudadanos (ello explica porqué en este país pudo nacer el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes mucho antes que en Europa y América Latina); los objetivos perseguidos por los revolucionarios franceses son muy distintos, pues éstos, al tener por delante el absolutismo monárquico y la injusticia social, se avocaron a asegurar a algunos sectores emergentes de la población el goce de libertades negativas, entendidas como ausencia de coacción estatal injustificada.

Con relación a este último aspecto, acontecido en la Revolución Francesa, acota la autora examinada:

> ...todas estas libertades, a las que debemos sumar nuestra propia pretensión de ser libres del miedo y de la pobreza, son sin duda esencialmente negativas; son consecuencia de la liberación, pero no constituyen de ningún modo el contenido real de la libertad, la cual, como veremos más tarde, consiste en la participación en los asuntos públicos o en la admisión en la esfera pública. Si la revolución hubie-

[42] *Ibídem.*, p. 24.

> se tenido como objetivo únicamente la garantía de los derechos civiles, entonces no hubiera apuntado a la libertad, sino a la liberación de la coerción ejercida por los gobiernos que se hubiesen excedido en sus poderes y violado derechos antiguos y consagrados.[43]

Esta idea de que la revolución tiene por objetivo no sólo la liberación sino también el disfrute de la libertad política, entendida como permanente intervención en la vida pública (dado que lo que constituye nuestro placer es la acción y no el reposo), es tomada por Arendt, entre otras fuentes, de lo sostenido por Condorcet al referirse al "despotismo de la libertad" de Robespierre, ya que para el referido autor, la palabra revolucionario podía aplicarse únicamente a los procesos cuyo objetivo era la libertad política y no el desplazamiento de un grupo o clase dominante por otro del poder, para imponer, de ser necesario con auxilio de la violencia, una nueva forma, abierta o encubierta, de dominación sobre los restantes sectores de la sociedad:

> Lo que las revoluciones destacaron fue esta experiencia de sentirse libre, lo cual era algo nuevo, no ciertamente en la historia de Occidente –fue bastante corriente en la antigüedad griega y romana–, sino para los siglos que separan la caída del Imperio romano y el nacimiento de la Edad Moderna (...) Sólo podemos hablar de revolución cuando está presente este 'pathos' de la novedad y cuando ésta aparece asociada a la idea de libertad.[44]

Dicho lo anterior, hemos de abordar lo relativo a cómo la revolución puede ser un proceso desarrollado por seres humanos, sin el auxilio de entidades metafísicas, para lograr el objetivo apuntado, y cómo en dicha empresa queda garantizada la igualdad de las personas, que junto a la libertad, siempre ha sido considerado, especialmente en Europa y América Latina, como uno de los objetivos impostergables de toda revolución que se precie de serlo, incluso por encima de la garantía de la libertad política a la que nos hemos referido.

En cuanto al primer tópico, debe tenerse a la vista que la autora comentada insiste en comprender la política en términos de libertad, pero previa eliminación del *background* del historicismo como metodología de explicación de los sucesos históricos –debido a los problemas que tal proceder, conforme lo expuesto en la parte primera, reporta a quienes les toca soportar "las leyes

[43] *Ibídem.*, p. 33.
[44] *Ibídem*, p. 35.

inexorables del destino histórico", pues sólo con la negación del determinismo social que despoja al ser humano de la responsabilidad de su destino, éste deja de estar a merced de supuestas fuerzas naturales, materiales o espirituales (sea su origen Dios, la Razón, el ideario de un Héroe, etc.) irresistibles para la condición humana, y recupera la capacidad de habla y acción a la que se refiere Habermas, para dirigir su vida libremente,[45] es decir, para planificar su proyecto de vida como individuo inserto en una organización social sujeta a leyes naturales y jurídicas, en el entendido que de, como apunta Fernando Savater, no es libre el ser humano para escoger los hechos naturales o sociales que lo afectan, pero sí para escoger u optar entre las conductas u actuaciones posibles frente a tales acontecimientos. De lo que se trata, pues, es de *optar* entre ser libres o ser lacayos de la Naturaleza, de la Historia, de Dios o de otros seres humanos.[46]

En efecto, eliminada la sujeción de la acción humana a fuerzas trascendentes e irresistibles, como la dialéctica marxiana transmutada por obra de los apóstoles del autor en "ciencia social historicista", es posible comprender, en referencia al segundo tópico, porqué para Hannah Arendt, tal y como en uno u otro sentido para Norberto Bobbio,[47] no es posible establecer una relación antagónica entre dos de los objetivos fundamentales de todo proceso revolucionario, a saber, entre la libertad y la igualdad, dado que ambas, tal y como fue afirmado por los antiguos griegos, sólo son posibles cuando los seres humanos háyanse insertos en la esfera pública, en la vida ciudadana, en tanto aquéllos, precisamente por ser distintos y desiguales por naturaleza, se comprometen entre sí a sujetar su con-

---

[45] *Cfr.* Marisa Khon De Beker, *Op. Cit.*, p. 251. Sobre Habermas, ver *Conciencia Moral...*, *Op. Cit.*, p. 112.

[46] "La libertad parece identificarse con la aptitud antedicha de *oponerse* al mundo, es decir, con la conciencia de que se está instalado en un ambiente o contorno que es preciso conocer para dominar, si bien ello no signifique escapatoria de la legalidad que gobierna la naturaleza (...) La libertad es, entonces, capacidad de abstraerse del mundo o, mejor dicho, posibilidad de ensimismamiento, de interiorización, aptitud para producir, mentalmente, al mundo. Pero la libertad, entendida como conciencia de la necesidad, no sólo es aptitud para producir mentalmente el mundo, sino también, y en mayor grado, aptitud para modificarlo y construirlo. En una palabra, libertad es acción dialéctica, técnica, construcción". José Manuel Delgado Ocando, *Una Introducción a la Ética Social Descriptiva*, LUZ, Maracaibo, 1965, pp. 13 y 14.

[47] "El único nexo social y políticamente relevante entre libertad e igualdad se confronta allí donde la libertad se considera como aquellos en lo que los hombres, o mejor, los miembros de un determinado grupo social, son o deben ser iguales, de ahí la característica de los miembros de ese grupo de ser 'igualmente libres' o 'iguales en libertad'..." en *Igualdad y Libertad*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 56.

ducta a ciertas normas que garanticen sin discriminaciones la convivencia pacífica, ordenada y libre de todos los integrantes de la comunidad política.[48]

Es evidente que la estructura creada para garantizar el respeto a ese compromiso (el Estado a través de sus entes y órganos) es la obligada a promover las condiciones para su efectiva vigencia y a corregir las desviaciones o violaciones a tal pacto (y así está reconocido en Constituciones y Pactos Internacionales); sin embargo, no parece, por las experiencias históricas locales y foráneas vinculadas con el tema, que la fórmula liberal del Estado mínimo o la fórmula estatalista de la Administración prestacional –que en nuestro criterio no puede ser asimilada a la cláusula del Estado social de Derecho que está en el artículo 2 de la Constitución venezolana, pues ésta da cabida a la libre iniciativa privada en el ámbito económico no en forma subsidiaria sino primaria–,[49] sean idóneas para satisfacer las demandas de bienestar y calidad de vida de los miembros favorecidos o no de la sociedad.

En todo caso, sin libertad de actuar en la esfera pública no es siquiera imaginable la igualdad, dado que ésta, en contra de lo que usualmente se cree en el marco de procesos nada revolucionarios, en los que se concibe el uso de la violencia como una obligación moral, no se reduce o se limita a que la estructura burocrática edificada para resguardar el nuevo estado de cosas garantice, sea en forma plena o relativa, el acceso a la "felicidad" de los marginados o de los discriminados por el régimen derrocado (felicidad que, tal y como lo denunció B. Spinoza, es asimilada al disfrute de la abundancia, o sea, al hedonismo de bienes materiales, de servicios o de labores privadas) sino que consiste primordialmente en no tratar a quienes son iguales por derecho como desiguales, siendo la peor y más violenta forma de desigualdad política y jurídica, precisamente, el desconocer u obstaculizar a cualquier sector de la población el ejercicio del derecho a intervenir libremente en los asuntos públicos, que conciernen a todos los integrantes de la comunidad, y a controlar, también sin coacción de ninguna especie, el ejercicio del Poder Público por parte de la organización estatal, dado que anular esta libertad política (de actuar en la esfera pública) conlleva, forzosamente, a negar a la mayoría su posibilidad de emanciparse en ámbitos como el educativo, el laboral, el cultural, el empresarial, el agrario, etc.

---

[48] Al respecto dice Marisa Khon De Beker, siguiendo a Hannah Arendt: "la libertad es, por lo tanto, producto de una institución, que en el caso de los griegos era la 'polis' y que en el caso actual debería ser la 'república'. La existencia de un espacio y la presencia de otros hombres son necesarios para que la libertad se establezca. En otras palabras, la libertad es producto de una acción". *Op. Cit.*, p. 252.

[49] Una interpretación distinta en Agustina Yadira Martínez, *Diez Tesis Antihegemónicas sobre el Estado Social de Derecho*, en Fronesis, Vol. 9, N° 3, Revista del Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José Manuel Delgado Ocando", LUZ, Maracaibo, 2002, pp. 71 y ss.

No obstante lo indicado, lo cierto es que en Europa, a partir de la Revolución Francesa y con mayor énfasis luego de la difusión de la crítica de Marx a la economía política capitalista –siendo ésta la tradición acogida por muchos regímenes políticos e 'intelectuales' en América Latina, pero a través de la sutil interpretación de Lenin–, la búsqueda de la felicidad entendida como abundancia de bienes y servicios, y no la consolidación y aseguramiento de la libertad política, fue el objetivo de los procesos revolucionarios. Mas, fue tal reorientación la que marcó el fracaso de los procesos revolucionarios del antiguo continente (en Francia, donde condujo al reino del terror y al imperio de Napoleón Bonaparte, y en la ex Unión Soviética, donde la instauración de la utópica dictadura del proletariado a manos de Stalin dejó tantas o más víctimas que el holocausto causado por el nacional socialismo de Hitler),[50] dado que los líderes de tales procesos juzgaron que la liberación del yugo de la necesidad exigía sacrificar la libertad en aras de la justicia social: "La cuestión social no puede resolverse políticamente, porque ella (según la lógica del gendarme necesario que traerá la dicha material) exige una voluntad única que excluye los procesos de intercambios de opiniones y de eventuales acuerdos entre ellas, en otras palabras, el 'consenso', que es lo propio de la política. El resultado de la intromisión de la cuestión social en el ámbito político fue la violencia y el terror como instrumento institucional. 'Violencia' y 'necesidad' quedaron inextrincablemente unidas al vocabulario revolucionario".[51]

Y es tal circunstancia, según Hannah Arendt, la que explica porqué la libertad política ha sido mejor preservada en aquellos países en donde no hubo revoluciones durante el siglo XIX, o donde ésta resultó derrotada, y porqué, paradójicamente, para los nacidos en el siglo XX, los atributos antilibertarios de algunos procesos políticos, son típicos de toda revolución:

> La necesidad y la violencia, la violencia glorificada y justificada debido a que actúa en nombre de la necesidad y ésta, la necesidad, sin provocar ya ni la rebelión en un esfuerzo supremo de liberación, ni su aceptación, en un acto de piadosa resignación, sino reverenciada fielmente como la gran fuerza omnipotente que terminará, sin duda, según Rousseau, por 'forzar a los hombres a ser libres', las dos,

[50] Ver Rafael Arráiz Lucca, *El meollo de la verdad*, en *El Nacional,* 15-03-04, A/8. También, el libro por él citado de Walter Laqueur, *Stalin, La Estrategia del Terror*, Vergara Ediciones, Madrid, 2003, pp. 77 y ss.

[51] Marisa Khon De Beker, *Op. Cit.*, p. 257.

> necesidad y violencia, así como la acción recíproca entre ellas, han llegado a ser la marca distintiva de las revoluciones victoriosas del siglo XX; en tal medida ha ocurrido así que ambas son ahora, tanto para las personas ilustradas como para el vulgo, las características principales de todo suceso revolucionario.[52]

En atención a las explicaciones previas, es que generan escepticismo aquellas tesis que conciben la revolución como proceso político que parte de un rechazo a las ideas liberales de la modernidad, por considerarlas una imposición de los valores de algunas sociedades y, dentro de ellas, sólo de algunas clases dominantes, pues, en nuestro criterio, al comprender la acción revolucionaria desvinculada de la idea de libertad política, aquélla dejaría de ser tal, al no allanar el camino a la libertad de los seres humanos (esto es, a la construcción de una comunidad de mujeres y hombres libres, con capacidad y oportunidad de integrarse y llevar a cabo proyectos de vida individuales y colectivos, y con posibilidad de apoyar, cuestionar, participar, aportar o criticar la elaboración y ejecución de proyectos políticos concebidos para enfrentar los problemas del colectivo), y pasaría a convertirse en una *reacción* orientada únicamente a la satisfacción de las necesidades materiales, esto es, a garantizar –supuestamente, según la bondad de los líderes del 'proceso'– la felicidad de las personas discriminadas, de los excluidos por la hegemonía dominante, mediante la prestación de servicios y la entrega de bienes por parte del Estado (abundancia), sin que se contemple la posibilidad de generar en el nuevo estado de cosas las condiciones políticas, económicas, sociales y, en definitiva, *culturales*, que hagan posible la emancipación de *todos* los miembros de la sociedad, de su condición de administrados a la de ciudadanos titulares de derechos y garantías constitucionales, habilitados para controlar y participar en el Estado y no sólo para recibir o depender de él (o, mejor dicho, de quienes lo regentan).[53]

El concepto de revolución que desarrollado sobre la base de los señalados juicios y con fundamento en lo que cierta doctrina política ha denominado

---

[52] Hannah Arendt, *Sobre la Revolución*, *Op. Cit.*, p. 115.

[53] Una referencia a estas concepciones en José Manuel Delgado Ocando, *Hipótesis para una Filosofía Antihegemónica del Derecho y del Estado*, LUZ, Maracaibo, 1987, pp. 88 y ss. Existe una nueva edición de esta obra, publicada en 2004 por Vadell Hermanos, Valencia, bajo el título *Problemas capitales del Estado y del Derecho*, a cuya lectura remitimos a los interesados en conocer una de las propuestas de la filosofía política patria.

'subalternidad',[54] no parece considerar la facticidad de que el nuevo régimen derivado del proceso revolucionario, al estar inspirado sólo en un deseo justicialista que persigue únicamente garantizar la abundancia a los que fueron rechazados u olvidados por el depuesto estado de cosas y sancionar a los responsables de la pobreza y la arbitrariedad, sin contemplar en sus cometidos la generación de ciudadanos conscientes de su condición de titulares de derechos fundamentales, degenere también en despotismo o tiranía, como tantas veces ocurrió dentro y fuera de Venezuela, al ensayarse proyectos de corte imperial:

> Como lo ilustra con claridad y sencillez el hermoso texto de Hannah Arendt *Los orígenes del totalitarismo*, el rasgo fundamental del imperialismo consistió en deshacerse de todo cuerpo político para emplear la violencia no como ultima ratio (última razón) de la acción política, sino como el fin explícito de una acción política definida como mera expresión de la fuerza. Como señala el texto arriba mencionado, 'el poder dejado a sí mismo no puede producir otra cosa que no sea más poder, y la violencia empleada por el poder (no por la ley) desencadena un proceso destructivo que sólo se detiene cuando ya no queda más que pisotear.[55]

En efecto, es evidente que la nueva organización requerirá de una burocracia para ejercer el poder y cumplir los cometidos que le impone el ordenamiento jurídico, y si las personas que han delegado en dicha organización política parte de su potencia limitan su felicidad al disfrute –eficiente o no– de bienes y servicios producidos, prestados o subsidiados por el Estado debido a la desconfianza en la sociedad civil o en la libre empresa *latu sensu*, y no se forman una conciencia sobre su libertad política, sobre el derecho que como seres pensantes tienen de intervenir y participar tanto en el ámbito privado como en la esfera pública, y sobre la responsabilidad que como integrantes de la sociedad tienen de procurar el beneficio colectivo, sea desde el Estado o

[54] "El término 'subalterno' fue empleado por primera vez con cierta frecuencia por el pensador italiano Gramsci en los Cuadernos de la Cárcel en la década de 1930 para referirse a los grupos sociales subordinados. Tales grupos (...) carecían de la unidad y organización de los que tienen el poder y se diferenciaban del mismo proletariado que en la época en que Gramsci escribió ya estaba más que organizado (...) Los subalternos rechazan la modernidad porque en su opinión la concepción de desarrollo y de tiempo impuesta por la modernidad no hace sino reproducir los poderes constituidos manteniendo los grupos subordinados como entes pasivos". Massimo Desiato, *Subalternidad*, en *El Nacional*, 11-07-04, A/10.

[55] Massimo Desiato, *El "imperialismo"*, en *El Nacional*, 27-06-04, A/10.

desde el sector privado, entonces, basta con haber sido lector de Maquiavelo y de Montesquieu para saber que dicha organización, al estar administrada por hombres cuyo poder no está sujeto a control ni obligado a respetar las libertades –pues incluso estaría autorizada a hacer un uso sobranero de la violencia política frente a cualquier manifestación contrarrevolucionaria, lo cual podría excluir su sujeción a normas jurídicas– se volverá incontrolable y degenerará en su contrario –una hegemonía dictatorial–, que según Arendt, sólo evidencia un desplazamiento de un grupo dominante por otro del poder, donde las personas quedan excluidas y sin derecho a intervenir libremente en la esfera pública, mediante el ejercicio de sus derechos humanos.

Fue eso lo que ocurrió en Venezuela luego de ese tiempo de la ira, de la irracionalidad egoísta y el desprecio que fue la guerra federal o de los cinco años; por ello, estimo, que a ese proceso seudorevolucionario de la celebrada Federación, bien se le puede aplicar esta afirmación de Kant:

> ...mediante una revolución acaso se logre derrotar el despotismo personal y acabar con la opresión económica o política, pero nunca se consigue la verdadera reforma de la manera de pensar; sino que, nuevos prejuicios, en lugar de los antiguos, servirán de riendas para conducir al gran tropel.[56]

Para culminar esta parte segunda, estimo igualmente que la interpretación de filosofía trascendental y ahistórica que puede hacerse de las propuestas filosóficas de autores como Habermas y Bobbio, –con las diferencias existentes entre ellos–, en las que se intenta reinterpretar y reconstruir los objetivos del programa liberal de la modernidad que decretó el fin de la "legitimidad" del ejercicio arbitrario y despótico del poder estatal, no aprecia el esfuerzo hecho por éstos, cada uno de acuerdo a su propia circunstancia de vida, de vincular la reflexión política, ética, moral y científica con la realidad histórica de las diferentes sociedades de las que formaron o forman parte y de otras con las que, más allá de sus problemáticas particulares, comparten inquietudes y ansiedades comunes, como son la lucha contra la tiranía, la pobreza, la violencia, la discriminación, la intolerancia política, el terrorismo, la visión ética del saber científico y la generación de condiciones más dignas para la vida humana entendida como parte de la naturaleza.

---

[56] Emmanuel Kant, *¿Qué es la Ilustración?*, en *Filosofía de la Historia,* FCE, México, 2000, pp. 28 y 29.

Gran parte de las propuestas filosóficas que en la actualidad se ven como herederas del pensamiento moderno, no incluyen la pretensión 'metafísica' de constituir sistemas omnicomprensivos o formalistas para *aprehender* la realidad (que curiosamente sí están presentes, pero de incógnito, en procesos pseudorevolucionarios); antes, por el contrario,[57] al reafirmar postulados de gran valía para la convivencia civilizada como la separación absoluta entre el Estado y toda forma de religión (en las que háyanse tanto los cultos como las ideologías, pues, como indica Rafael Arráiz Lucca, éstas son pensamiento muerto o antipensamiento) y la inexistencia de verdades absolutas en los diversos ámbitos del conocimiento humano, inician sus análisis de los problemas sociales, políticos, culturales, epistemológicos, etc., con una clara conciencia histórica de la contingencia y perfectibilidad de toda propuesta política o moral,[58] que bien aprehendida, contribuye a evitar la repetición de esquemas o proyectos ilusorios que lejos de brindar soluciones generan miseria y devastación.

Un problema distinto, es la recepción acrítica por los 'intelectuales' en países como el nuestro de las ideas y metodologías desarrolladas por personas o grupos insertos en otras latitudes para brindar, en ocasiones de manera infeliz, respuestas a sus particulares situaciones históricas, sin realizar el debido esfuerzo por contrastarlas con nuestras propias experiencias pasadas y presentes, o por elaborar tesis o hipótesis propias –como sí ha ocurrido, para nuestro orgullo, en el área científica y técnica a nivel de las Universidades–. Quizá ello obedece a nuestra habitual –que no natural– tendencia en el terreno político y económico a creer que el paraíso se halla en la otra esquina, es decir, a nuestra costosa comodidad de asumir los dogmas de organismos multilaterales o de fundamentalistas tercermundistas para que ellos y no nosotros, resuelvan las crisis, de modo tal que sean *ellos* y no *nosotros* quienes respondan a las desilusiones.

Sin embargo, no es nueva esta exigencia ciudadana de asumir la responsabilidad de pensarnos desde nuestra propia experiencia histórica, sin acudir a la

---

[57] Como en el campo de la moral pienso haber indicado en mi trabajo sobre la ética discursiva de Habermas, *De la razón práctica y su participación en la problemática relación entre Moral y Derecho*, en *Libro Homenaje a José Manuel Delgado Ocando*, Volumen II, TSJ, Caracas, 2001, pp. 258 y ss.; también véase Luz Marina Barreto, *El lenguaje de la modernidad*, Monte Ávila Editores Latinoamericana, Venezuela, 1994, pp. 19 y ss.

[58] "Entendemos por conciencia histórica el privilegio del hombre moderno de tener plenamente conciencia de la historicidad de todo presente y de *la relatividad de todas las opiniones*": Hans-Georg Gadamer, *El Problema de la Conciencia Histórica*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 41 (cursivas nuestras).

importación –que no al estudio y comprensión– de modelos ajenos a la realidad patria, como las mal llamadas revoluciones socialistas, o a la exposición de la historia de la Nación como una sucesión de hombres impolutos y heroicos: "Creo haber escrito en alguna oportunidad que Venezuela, pese a su historia portentosa, resulta desde ciertos ángulos un pueblo antihistórico, por cuanto nuestra gente no ha logrado asimilar su propia historia en forma tal que puede hablarse de vivencias nacionales y creadoras, que nos ayuden en la obra de incorporar a nuestro acervo fundamental nuevos valores de cultura, cuyos contenidos y formas, por corresponder a grupos históricamente disímiles del nuestro, puedan adulterar nuestro genio nacional".[59]

3. LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

> La democracia es un asunto que suele provocar bostezos en los países en donde existe un Estado de Derecho y los ciudadanos gozan de libertad de movimiento y de expresión y de un sistema judicial al que pueden acudir cuando son atropellados. Y lo que más se resalta en ella, cuando el tema resulta insoslayable, son sus vicios y carencias: la corrupción, que a veces la corroe, las grandes desigualdades que abriga en su seno, la mediocridad que prohija, sus derroches y esa burocratización que crece de manera cancerosa asfixiando a las empresas y a los indefensos ciudadanos. Sin embargo, y reconociendo que en muchos casos estas críticas son absolutamente certeras, lo cierto es que, desde la perspectiva de cualquier dictadura islámica o satrapía tercermundista, la decadente democracia occidental es poco menos que un paraíso: en ella, pese a las enormes diferencias de ingreso, las gentes tienen los más elevados niveles de vida que registra el globo, las mayores oportunidades para decidir su existencia de acuerdo a su vocación, y donde las mujeres son menos discriminadas y abusadas y donde las minorías sexuales van, poco a poco, conquistando sus derechos.
>
> (Mario Vargas Llosa, *La agonía de occidente*, en *El Nacional,* Caracas, 18-04-04, A/9).

[59] Mario Briceño-Iragorry, *Mensaje sin Destino y Otros Ensayos*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1988, p. 66. Este autor es imprescindible para comprender nuestra carencia de identidad nacional derivada del desarraigo con la historia de Venezuela, pero desde una perspectiva crítica del positivismo historicista de autores como Laureano Vallenilla Lanz en *Cesarismo Democrático*.

Escribir sobre la democracia y los derechos humanos, tomando en cuenta lo erudito y abundante de la bibliografía producida sobre estos temas por pensadores contemporáneos de basta obra, y entre nosotros, por investigadores y académicos de reconocido prestigio intelectual, podría parecer un ejercicio fútil e insensato, cuyo único propósito consistiría en presentar al lector incauto una exposición arbitraria y parcial de algunas de las ideas más difundidas sobre la forma de gobierno democrática y la teoría de los derechos inherentes a la persona humana, que bien podría encontrar relatada, con mayor coherencia y precisión, en obras de ciencia política o de filosofía jurídica dedicadas a los temas referidos, desde los tiempos en que Toqueville describió la génesis de la democracia en los Estados Unidos de América.

Sin embargo, juzgo que en países como el nuestro, así como en otros de la América Latina, en los que miembros de diferentes sectores de la sociedad, incluso actores de la escena político-partidista, le endilgan por los más diversos motivos –no siempre honestos, mas sí populistas–[60] al régimen democrático y al talante liberal –mas no licencioso o antiestatal– de los derechos humanos la situación de marginación y de pobreza de millares de personas privadas de sus libertades públicas y de sus derechos fundamentales interdependientes, sin hacer en tal imputación la necesaria distinción entre los actores y accidentes históricos y la potencialidad de las instituciones democráticas y garantes de los derechos humanos, resulta necesario volver, las veces que sea menester ello, al debate sobre las ventajas y beneficios que para la convivencia de los seres humanos, sin distinciones de índole alguna, tiene la adopción del sistema democrático como método para garantizar el ejercicio legítimo del poder y la efectiva participación de los ciudadanos –y no administrados– en la gestión de los asuntos públicos, y el reconocimiento por las Constituciones y por Tratados Internacionales de aquellos atributos o condiciones inseparables de la condición humana, sin cuyo respeto y garantía por los *modernos* Estados democráticos y sociales de Derecho, no sería posible lograr el bien común y la convivencia pacífica de la diversidad de credos, ideas y preferencias que cada vez, con más normalidad, se manifiestan en las sociedades contemporáneas en el marco del fenómeno llamado globalización.

En tal sentido, resulta fundamental separar los aspectos positivos que tanto el régimen democrático como los derechos humanos nos ofrecen en la actua-

[60] *Cfr.* Fausto Masó, *"Por qué jóvenes venezolanos se van a la guerrilla"*, en *Los Amantes del Tango*, Debate, Caracas, 2004, pp. 64 y ss.

lidad, de los reiterados errores y arbitrariedades cometidas por aquellos actores del pasado y del presente que, conscientes del rol esencial de las organizaciones políticas en el seno de una sociedad democrática, han olvidado o sencillamente dado la espalda a sus deberes para con sus representados al llegar a cargos públicos, para dedicarse a gestionar intereses particulares, sin reparar en la gravedad que para la vida de la República tiene el haber abandonado a su suerte la corta experiencia democrática iniciada en Venezuela desde el cercano año de 1958.[61] En efecto, es en el curso de tal experiencia, a nuestro entender, en donde los venezolanos del presente tenemos la oportunidad y al mismo tiempo la obligación de materializar los ideales de libertad y justicia que guiaron en buena medida el proceso de emancipación de la antigua corona española, pues en ella están dadas las condiciones, no sólo para lograr la liberación de la opresión de regímenes dictatoriales o autocráticos (en los que un caudillo, los partidos u otros grupos de poder pretenden dirigir el Estado sin la participación de los ciudadanos, con manipulación del Derecho y menoscabo de los derechos humanos), sino para practicar y habituarnos a la comprensión y ejercicio de la libertad política que es reconocida por la Constitución a todos los ciudadanos, participación que, según reputados estudios en el ámbito económico, constituye una condición irrenunciable para el desarrollo efectivo y el bienestar social, sin discriminaciones, en el marco de un régimen democrático de libertades.[62]

La comprensión sobre la democracia y las obligaciones que asumen los Estados y los ciudadanos regidos por este sistema de gobierno –que como veremos, se presenta en la actualidad con un sistema de vida entre los miembros de una comunidad política– ha sufrido cambios considerables durante la última mitad del pasado siglo, desde el momento en que se terminó de aceptar constitucionalmente que no bastaba con sujetar la acción del Poder Público a la ley y al Derecho (Estado de Derecho), y con reconocer a las personas el derecho al sufragio y un mínimo de derechos básicos de libertad o no interferencia, sino que también resultaba imprescindible potenciar la participación organizada de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos e invertir recursos sufi-

[61] Sobre la problemática de la democracia en Venezuela ver Hermann Petzold-Pernía, *Crisis y Acción Política en la Venezuela Contemporánea*, en Roque Carrión (coord.) *Crisis y Acción Política*, UC, Valencia, 2000, pp. 139 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de Partidos*, EJV, Caracas, 1988; y Juan Carlos Rey, *El Futuro de la Democracia en Venezuela*, UCV, Caracas, 1998.

[62] Bernardo Kliksberg, *Hacia una Economía con Rostro Humano*, FCE y LUZ, Maracaibo, 2002, p. 108.

cientes en la prestación de servicios eficientes en áreas como la salud, alimentación y educación, así como en la promoción de la iniciativa privada y la libre empresa, con el objeto de lograr, junto con la participación privada en tales materias de interés general, la progresiva reducción de las desigualdades económicas y culturales de los miembros de la comunidad.

De allí que el anhelo de la libertad política, según explica Hannah Arendt, no supone, como equívocamente sostuvieron algunos "modernos", un repliegue de la condición humana sobre lo privado y un rechazo a lo público y a la Política,[63] dado que aquélla, en un régimen democrático, sólo puede ser alcanzada en la esfera pública, mediante la acción social y la participación de los ciudadanos en los asuntos que son del interés de todos los integrantes de la sociedad. Lo lamentable es que fue ese sentido privatista del liberalismo el acogido en países como Venezuela, y difundido hasta el presente, en el que el carácter republicano del Estado quedó reducido a una mera declaración formal, por la acción de los distintos actores de la vida política nacional, sin que resultara relevante que unos defendieran un discurso conservador y otros uno liberal.[64]

Al margen de tal constatación, tanto la democracia de los antiguos como la de los modernos coinciden en la necesidad de la Política y de la participación ciudadana en los asuntos públicos, pues si bien se diferencian en el método adoptado por unos y otros para adoptarla como forma de gobierno y de convi-

[63] "El fin de los antiguos era la distribución del poder político entre todos los ciudadanos de una misma patria: ellos llamaban a esto libertad. El fin de los modernos es la seguridad en los goces privados: ellos llaman libertad a las garantías acordadas por las instituciones para estos goces". Benjamín Constant, *De la liberté des anciens comparée a celle des modernes* (1818), citado por Norberto Bobbio, *Liberalismo y Democracia*, FCE, México, 1998, p. 8. Esta "radical" distinción de Constant, ha servido para plantear una falsa contraposición entre el discurso liberal y el discurso democrático, que sólo pueden proponer y mantener quienes *creen* que el ser humano moderno puede vivir aislado en sus goces privados, como un ser egoísta, privado de socialidad, al que nada le importa lo que ocurre con los demás integrantes de *su* comunidad política, pues estima suficiente que no exista un régimen autoritario: "Así como es imposible hablar de democracia allí donde no existen elecciones libres a intervalos regulares, del mismo modo sería absurdo denominar democrático o no a un régimen sin preguntarse sobre sus motivos para actuar y las consecuencias sociales de su acción (...) La ausencia de régimen autoritario no es democracia". A. Touraine, *Op. Cit.*, p. 271. Lamentablemente, parece que en Venezuela, sobre todo durante la bonanza petrolera, hemos sido muy consecuentes con la idea de Constant y despreocupados de aquellas explicaciones, nacionales y extranjeras, que promueven la vida republicana y democrática; al respecto véase Andrés Stambouli, *La política extraviada. Una historia de Medina a Chávez*, Fundación para la Cultura Urbana, Caracas, 2002.

[64] *Cfr.* Diego Bautista Urbaneja, *Op. Cit.*, pp. 328 y ss.; y Bernard Manin, Montesquieu, *La República y el Comercio*, en José Antonio Aguilar y Rafael Rojas (coor.), *El Republicanismo en Hispanoamérica. Ensayos de historia intelectual y política*, FCE, México, 2002, pp. 13 y ss.

vencia social, y en los problemas y obstáculos que se han propuesto enfrentar, cada una, según su circunstancia histórica, no se distinguen en la idea de la *res publicae*, que se ve redefinida por la contemporánea cláusula del Estado democrático y social de Derecho, distinta, insistimos, de la idea de *Daseinvorsorge* que dio lugar a la denominada Administración prestacional, durante la segunda mitad del siglo XX, pues en el Estado democrático y social de Derecho, los cometidos no sólo se logran mediante la acción unilateral de las Administraciones Públicas, sino con el concurso de los ciudadanos en la conformación de políticas públicas y medidas administrativas, y con el estímulo y la promoción de la libre iniciativa privada en la economía de los diversos sectores de la sociedad y la adopción de políticas públicas susceptibles de ser calificadas como inversión y no gasto social, en áreas donde el Estado, debido a las insuficiencias de las leyes del mercado para distribuir por sí solas la riqueza y a los intereses generales en riesgo, no puede ni debe dejar de intervenir en rol protagónico (como actor, y no sólo como regulador y controlador) cuando ello es necesario para eliminar o disminuir la inequidad social (seguridad social, infraestructura, salud, educación, etc.).[65]

Sin embargo, esta adaptación del modelo democrático para dar satisfacción a carencias y exigencias humanas impostergables, en modo alguno implicó o puede suponer un abandono de lo que, en su momento Norberto Bobbio planteó como una definición mínima de la democracia, la cual mantiene su validez mientras sea necesario equilibrar la relación entre Estado y ciudadanos:

> Hago la advertencia de que la única manera de entenderse cuando se habla de democracia, en cuanto contrapuesta a todas las formas de gobierno autocrático, es considerarla caracterizada por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos (...) Por lo que respecta a la modalidad de la decisión, la regla fundamental de la democracia es la regla de la mayoría, o sea, la regla con base en la cual se consideran colectivas y por tanto obligatorias

[65] Sobre la comprensión y los problemas actuales de la cláusula constitucional del Estado Social de Derecho, ver, desde una perspectiva jurídica, Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 108 y ss.; y Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 2004, pp. 87 y ss. Desde una perspectiva económica, que defiende el derecho al desarrollo en democracia y libertad, ver Bernardo Kliksberg, *Op. Cit.*, pp. 87 y ss.; y Marta C. Nussbaum y Amartya Sen (comp.) *La Calidad de Vida*, FEC, México, 1998.

> para todos el grupo las decisiones aprobadas al menos por la mayoría de quienes deben tomar la decisión (...) Es necesaria una tercera condición: es indispensable que aquellos que estén llamados a decidir o a elegir entre quienes deberán decidir, se planteen alternativas reales y estén en condiciones de seleccionar entre una u otra. Con el objeto de que se realice esta condición, es necesario que a quienes deciden les sean garantizados los llamados derechos de libertad de opinión, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, etc., los derechos con base en los cuales nació el Estado liberal y se construyó la doctrina del Estado de derecho en sentido fuerte, es del Estado que no sólo ejerce el poder *sub lege*, sino que lo ejerce dentro de los límites derivados del reconocimiento constitucional de los llamados derechos 'inviolables' del individuo.[66]

En otro trabajo, el mismo Bobbio añadió algunos caracteres al régimen democrático moderno:

> por lo que atañe a los principios inspiradores, las democracias se distinguen a partir del mayor o menor éxito en la tenencia a eliminar toda forma, incluso esporádica, de violencia política (terrorismo de derecha o de izquierda, intentos recurrentes de golpes militares); con base en la mayor o menor amplitud del espectro en el que se colocan los derechos de libertad y la mayor o menor protección por parte del Estado y de las libertades personales; con base en la mayor o menor dimensión del igualitarismo que se extiende de la igualdad formal o ante la ley a las varias formas de igualdad sustancial, propias del llamado Estado social. Se pasa de formas de democracia imperfecta o cuasidemocrática como son aquellas en que el recurso a la violencia política nunca es eliminado del todo, a través de las democracias más o menos liberales, a las formas más avanzadas de la democracia social, que es la que realiza con más amplitud el ideal ético de la democracia (...) En el nivel más alto encontramos las democracias que poseen raíces históricas profundas, tienen una población socialmente más homogénea, son capaces de adoptar progresivamente dispo-

[66] Norberto Bobbio, *El Futuro de la Democracia*, 2ª edición, FCE, México, 1996, pp. 24-26. Una idea similar a la expuesta por Bobbio, se halla en el "concepto normativo" de democracia que desarrolla Osvaldo Guariglia, en *Moralidad. Ética Universalista y Sujeto Moral*, FCE, Argentina, 1996, pp. 204 y ss.

> siciones para corregir las desigualdades económicas mediante diversas medidas redistributivas, tienen una clase política extensa, diferenciada y competitiva, y favorecen la organización de todos los intereses mediante la formación estable de grupos de presión, sindicatos según el oficio y partidos. En el nivel más bajo se ubican las democracias en los que están presentes sólo algunos de estos requisitos. Donde ninguno de ellos existe, cualquier intento por instituir un gobierno democrático encuentra graves dificultades y la construcción que deriva de ese esfuerzo no está destinado a durar.[67]

Lo extenso de las citas precedentes, en las que se aprecia junto a la preocupación por la garantía de los derechos civiles y políticos, la necesidad que tiene el sistema democrático de brindar soluciones a las desigualdades que puedan existir en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, se justifica en vista de la crítica formulada al concepto de democracia desarrollada por Bobbio y, en general, por el pensamiento político moderno, por considerarlo formal, en tanto expresión de un esquema universalista que al ser ajeno a la praxis de cada sociedad, se halla desvinculado de los problemas materiales generados por la pobreza y la desigualdad.[68] Pensamos que esta crítica al modelo democrático presentado por Bobbio, que con sus diferencias de rigor se encuentra vinculada con otras concepciones liberales de dicho orden político y social, como el desarrollado por Habermas y Nino,[69] no toma en cuenta la atención que estas propuestas dedican al problema de la desigualdad y la discriminación, cuya fuente primordial es la pobreza (no sólo económica, sino también cultural) de las personas, ni tampoco concede que en ellas no subyace una pretensión de retorno al desaparecido Estado mínimo –en el que los dere-

---

[67] Norberto Bobbio, *Democracia*, en José Fernández Santillán (comp.), *Norberto Bobbio: el Filósofo y la Política (Antología)*, FCE, México, 1996, pp. 236 y 237.

[68] Algunas críticas en este sentido, en José M. Delgado Ocando, *Escepticismo y Democracia: escisión entre ética y política. Algunas reflexiones sobre la Escuela de Turín*, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, TSJ, Caracas, 2003, pp. 532 y 533.

[69] Para Nino, por ejemplo, las propuestas políticas planteadas por cualquier sector de la sociedad como los empresarios o los trabajadores, deben ofrecer justificaciones morales para ser aceptadas por los miembros de esos mismos sectores y por los integrantes de los restantes que componen el tejido social, como fórmula para limitar el autointerés al que naturalmente tiende cada uno, y que debe ser equilibrado en democracia. *Cfr.* Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Argentina, 1989, p. 400. Sobre la vinculación en la obra de Habermas entre democracia y derechos humanos, véase Francisco Rubio Llorente, *Derechos Fundamentales, Derechos Constitucionales y Derechos Humanos*, en *Constitución y Constitucionalismo Hoy*, Politeia N° 26, enero/junio, FCPJ, UCV, Caracas, 2001, p. 112.

chos sociales y económicos no resultan exigibles jurídicamente– sino un intento de racionalización de las discusiones públicas.

Por otro lado, tampoco advierte esta crítica, que las causas de la incapacidad de un determinado régimen democrático para identificar y afrontar con éxito los problemas de la sociedad en su conjunto, no provienen de presuntas fallas estructurales o inherentes al carácter representativo del régimen democrático de los modernos –en todo caso, cada vez más participativo en la medida en que se descentraliza el poder y se organizan para reclamar sus derechos los ciudadanos–, sino en otros problemas, vinculados más bien con la condición humana de los responsables de la *buena salud* del sistema político y social, con independencia de la bandera política que sigan, quienes a pesar de estar conscientes de que la soberanía reside en el pueblo, y de estar regidos por Textos Constitucionales que consagran la división en ramas del Poder Público, la alternabilidad en el ejercicio del poder, el respeto y garantía de los derechos humanos, el pluralismo político, el carácter laico del Estado, el principio del sometimiento al Derecho de la acción estatal, el control judicial pleno sobre la actividad del Estado, la solidaridad y justicia social como valores superiores, la libre iniciativa privada económica, la posibilidad de actuación estatal en la economía y la descentralización del Poder Público, ni gobiernan, ni asesoran, ni controlan, ni participan con la conciencia de integrar una comunidad política con un pasado, un presente y un futuro común, sino como miembros de sectores disgregados y desarraigados entre sí, que desaprovechan una y otra vez el marco político y jurídico antes señalado, idóneo para adoptar por la vía del consenso y la política deliberativa las medidas de diversa índole tendentes a la superación paulatina de los graves problemas económicos y sociales de la población, con la incorporación del ejercicio de la libertad política de los ciudadanos.

Nos referimos muy brevemente a dos de esos problemas de la condición humana, y que en Venezuela incide sobre la *calidad* de la ciudadanía, sin entrar a examinar –por lo complejo de tal asunto– la corrupción, ilegitimidad y autodestrucción de los partidos políticos tradicionales, como uno de los signos de la crisis de la democracia venezolana.[70] Por un lado, encontramos la apatía e irres-

[70] Sobre este tema, puede consultarse, además del trabajo de Andrés Stambouli citado, Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de Partidos*, EJV, Caracas, 1988 y Elena Granell de Aldaz, *¿Dónde está el liderazgo?*, en Patricia Márquez y Ramón Piñango (editores), *En esta Venezuela*, IESA, Caracas, 2004, pp. 357 y ss.

ponsabilidad política de la clase media,[71] integrada en buena medida por profesionales egresados de las Casas de Educación superior públicas y privadas, quienes en una proporción cada vez mayor, han renunciado a su deber cívico, fundamental en toda sociedad que aspire al desarrollo, de fungir como líderes y propulsores de la sociedad civil en sus respectivas áreas del conocimiento y a contribuir con la conducción y asesoramiento de la acción estatal en paralelo a su incursión legítima en la esfera de las relaciones privadas; por otro lado, el fomento y mantenimiento interesado e hipócrita por diversos sectores de la sociedad de una visión populista, demagógica, de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, que ha obstaculizado toda posibilidad de superación de la parásita condición de Estado/sociedad rentista en que hemos permanecido desde comienzos del siglo XX, con todos los hábitos y costumbres antirepublicanas que ello ha generado, e impedido una diversificación del aparato productivo, así como el impulso de los sectores secundarios y terciarios de la economía, como fórmulas para combatir la pobreza y promover la generación de riqueza a lo largo del territorio nacional.[72]

Sobre el primer aspecto, Massimo Desiato ha señalado:

> La clase media venezolana muestra tener ideas poco claras en cuanto al tipo de orden social que desea. Tiene, podría decirse, cierta idea sobre la envoltura externa de un orden social, pero ningún concepto firme acerca de su contenido. Por ello ha sostenido una democracia formal, mas no sustantiva. Ha confundido las condiciones mínimas

[71] A la responsabilidad en general de los "incluidos", que provienen en parte de esa clase media profesional, se refiere con amplitud Ramón Piñango *La responsabilidad de los incluidos*, en María Ramírez Ribes (comp.), *¿Cabemos Todos? Los desafíos de la inclusión*, Informe del Capítulo Venezolano del Club de Roma, Editorial Arte, Caracas, 2004, pp. 43 y ss.

[72] El periodista Juan Carlos Zapata, al referirse a la fragilidad del sector económico privado del país, ha sostenido: "El poder económico en Venezuela es pequeño, no es avasallante porque el Estado es más grande que él. Es tímido, tiene miedo de hacer planteamientos reformistas. Es un poder con poca tradición, sus vínculos con el pasado están cortados, de allí que el llamado poder tradicional sea muy reducido. El poder económico nuevo es más amplio, pero está ligado a los partidos políticos que cayeron". Por su parte, Simón Alberto Consalvi, al reflexionar sobre el 'punto de quiebra' vivido por el país en 1989, afirmó: "Cuando uno piensa en 1989, se da cuenta de la temeridad de quienes intentaron, de la noche a la mañana, un cambio del sistema de dependencia del Estado. Diez años después comprobamos que no hay nada más difícil que deshacer algo que los venezolanos llevamos demasiado adentro: no queremos despegarnos del patronazgo del Estado, bajo ninguna circunstancia". Ambas declaraciones en Rafael Arráiz Lucca, *Venezuela en Terapia Intensiva*, *Op. Cit.*, pp. 194 y 210. De persistir, como ha ocurrido hasta el presente, tal estado de cosas, las libertades y el progreso no serán una realidad entre nosotros, pues seguiremos delegando en los funcionarios de turno lo que es tarea y riesgo de todos.

> para la existencia de una democracia (que haya elecciones libres) con la médula de la democracia, a saber, la auténtica igualdad de oportunidades. Descubre sólo hoy que en Venezuela no hay Estado de Derecho, cuando en las barriadas populares nunca lo hubo; descubre sólo hoy que hay pobreza (porque le afecta directamente), cuando esta calamidad azotaba a todos los cerros; afirma que 'ella también es venezolana', cuando durante décadas muchos venezolanos de los barrios lo eran formalmente pero no de hecho, marginados y excluidos, sin oportunidades reales. En una palabra: la clase media venezolana ha sido insensible a los problemas sociales, como si esos problemas no la fuesen a afectar nunca (...) La auténtica democracia [en contra de lo sostenido por Constant] es aquella en la que no se defienden sólo los propios intereses sino también los intereses de los demás (minorías incluidas), precisamente para prevenir las polarizaciones extremas.[73]

A esta grave situación, que no fue aprehendida en su momento por los 'representantes' del pueblo ni por la clase media profesional, ocupada en el culto al conocimiento técnico y en la satisfacción de goces privados (abundancia), lo cual contrasta con experiencias loables de organización y participación en el ámbito público de miembros de sectores populares (caso de COFAVIC y del Consorcio Catuche),[74] se une otro temible enemigo del sistema democrático –sin duda, maximizado en la actualidad–, llamado populismo:[75]

> En Venezuela sólo hemos padecido de una desviación populista y de un paternalismo estatal que asfixia, ahoga y congestiona toda la economía. La única manera de alcanzar el desarrollo en una socie-

[73] Massimo Desiato, *La oposición de la clase media*, *El Nacional,* 16-05-04, A/16. Corchetes nuestros.

[74] Sobre la acción pública de comunidades y grupos populares, véase Fabiola Vethencourt y otros (Coor.), *Gobernabilidad y Democracia*, Tomos III y IV, Banco Mundial, PNUD e IESA, Caracas, 1999.

[75] "...tanto en su ideología como en sus formas organizativas y en sus metas políticas, dichos movimientos (populistas) no son el producto de la constitución autónoma de las masas en sujetos políticos sino que conllevan la subordinación de estas últimas a la élite, y por lo general al líder carismático, que dirige y controla la movilización popular". N. Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino, *Populismo Latinoamericano*, *en Diccionario de Política*, a-z, Siglo Veintiuno Editores, México, 2002, p. 1254. Nótese como tal explicación puede ser útil no sólo para examinar el desempeño de algunos gobernantes del período democrático iniciado en 1958, sino también de los líderes de los supuestos procesos revolucionarios liberales, federales y legalistas de los siglos XIX y XX, tan elogiados acríticamente en nuestros días como epopeyas libertarias.

> dad democrática es a través del trabajo creador de los individuos en un contexto de libertad económica. En nuestro país lo que hemos tenido es un Estado que sabe repartir pero no crear riqueza, y una ideología económica que es incapaz de responder a las exigencias de una economía no rentista. Afirmar que en Venezuela se concede secundaria importancia a los efectos sociales del crecimiento económico derivado del petróleo no se ajusta a los hechos. Al contrario, el populismo vigente en las concepciones económicas predominantes dentro y fuera de nuestros principales partidos políticos ha enfatizado permanente la función del Estado como gran repartidor de beneficios, en detrimento de cualquier posibilidad de un desarrollo nacional sólido, es decir, no rentista (...) No es superfluo insistir que el populismo en economía se fundamenta por sobre todo en la idolatría a la acción del Estado [tan negativa como la idolatría al mercado por sí solo, sin regulaciones o controles básicos] y la desconfianza hacia los mecanismos del mercado y la 'función empresarial' (...) De tal forma que, aunque no sea necesariamente lo que se persiga, el creciente poder económico del Estado en Venezuela nos lleva irrevocablemente hacia una sociedad menos libre, y hacia un sistema político más opresivo.[76]

Sin ignorar la valoración positiva que para algunos ha tenido la práctica populista como adecuada para las sociedades latinoamericanas, y entre ellas la venezolana,[77] pueden tenerse como rasgos comunes del populismo en nuestra historia reciente son los siguientes:[78] la organización de verdaderos patriotas, contra aquellos que defienden intereses antinacionales; el fortalecimiento de una unidad emocional frente a un enemigo común (oligarquías imperialismo, oposición) a quien no se considera como adversarios políticos, en el contexto de un régimen democrático, sino enemigos a los que debe destruirse; defensa

[76] Aníbal Romero, *La Miseria del Populismo. Mitos y realidades de la democracia venezolana*, Centauro, Caracas, 1986, pp. 47, 48 y 51.

[77] *Cfr.* Margarita López Maya, *Populismo e inclusión en el proyecto político bolivariano*, publicado en María Ramírez Ribes (Comp.) *¿Cabemos Todos?, los desafíos de la inclusión*, Informe del Capítulo Venezolano del Club de Roma, Editorial Arte, Caracas, 2004, pp. 129 y ss.

[78] *Cfr.* Juan Carlos Rey, *Ideología y Cultura Política: El Caso del Populismo Latinoamericano*, en *Problemas Sociopolíticos de América Latina*, IEP, UCV, Caracas, 1998, pp. 103 y ss. Sobre el mismo tema, ver Ruth Capriles, *La Ética Pública de la Democracia Venezolana (El Don Populista)*, en Graciela Soriano de García-Pelayo y Humberto Njaim (Editores), *Lo Público y lo Privado. Redefinición de los ámbitos del Estado y de la Sociedad*, Tomo II, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 1996, pp. 203 y ss.

de una ideología vaga y confusa, a veces contradictoria, que a través de la manipulación de los signos y del discurso, termina por imponer la oscuridad en la acción política a grupos y sectores distintos y adversos; rechazo al modelo moderno y liberal de burocracia de corte weberiano, sujeta a normas y procedimientos, a favor de métodos de gobierno marcados por la fidelidad política, por el personalismo y el liderazgo carismático en busca de adhesiones al movimiento; y un abuso manifiesto de las medidas utilitarias y pragmáticas cortoplacistas, que se prodigan en las etapas de 'consolidación' y 'reconciliación' en pro del clientelismo y la corrupción, que tiene un semillero sin par en el contexto de una economía rentista como la venezolana, donde el gran detentador del más importante medio de producción (la industria petrolera) es el Estado.

Estimo que las circunstancias sociales, políticas y económicas mencionadas, la cuales están influidas por un esnobismo enajenante y por ideologías maniqueas, violentas, negadas al diálogo democrático propio de las sociedades abiertas, han causado graves daños a la idea de democracia y a la gobernabilidad en nuestro país, no porque el diseño político y jurídico de las instituciones previstas en la Norma Fundamental de 1961 o en la actual de 1999 –con las urgentes reformas que esta última requiere para eliminar sus graves antinomias– resultara inidóneo para enfrentar las desigualdades crecientes en el ejercicio de la libertad política y el bienestar social de los ciudadanos, o para hacer posible lo que Juan Carlos Rey denominó la "Condición de Bolívar" como fórmula para resolver el "Teorema de la Imposibilidad",[79] sino porque, entre otras razones, quienes están llamados a desplegar su *acción* en el ámbito público –imprescindible para la existencia pacífica de un ámbito privado– junto a los partidos, los sindicatos, los medios de comunicación, las iglesias, los empresarios y las comunidades organizadas, por sólo nombrar algunos componentes de la sociedad civil, a saber, los universitarios –y junto a ellos, las Universidades, salvo destacables y valiosas excepciones–,[80] han permanecido, incluso en medio de la crisis actual, en un estado de indiferencia y condescendencia ante el debilitamiento de la institucionalidad democrática, incapaz de generar y fomentar una conciencia crítica que se traduzca en alternativas al discurso inmediatista y efectista del populismo, proclive a

[79] Sobre la condición y el teorema indicados, ver Juan Carlos Rey, *Op. Cit.*, pp. 61 y ss.

[80] Un ejemplo digno de elogio y seguimiento es la investigación sobre la pobreza adelantada por la Universidad Católica Andrés Bello, bajo la dirección de Luis Pedro España, y que ha producido un libro capital para los venezolanos de nuestro tiempo, intitulado *Detrás de la Pobreza, Percepciones, Creencias, Apreciaciones*, 2004.

la salida mágica de la mano del líder mesiánico, con lo cual también han contribuido, muchas veces por omisión, al deterioro del régimen democrático y a la disminución del apoyo a éste de grandes sectores de la sociedad.[81]

Por otro lado, es patente hoy día que la desvinculación del conocimiento científico y técnico del estudio de las humanidades,[82] produce una clase media profesional enajenada de sus deberes públicos, propios de todo Estado republicano. Lo trágico es que tal circunstancia no sólo impide la consolidación de una sociedad civil activa, participativa, sino también limita la posibilidad de desarrollo, y con ello la capacidad del sistema democrático de brindar opciones racionales, viables, pragmáticas, para responder a las crecientes demandas de libertad y justicia social que se han acumulado tras el reiterado fracaso de la trampa populista causante del eclipse del proyecto democrático retomado en 1958, pues en medio de tal crisis, la democracia pende de fino hilo, más o menos débil según el grado de virtud de quienes detentan el poder en cada momento histórico, y no de la acción pública y privada de los ciudadanos, que es la sustancia de la que ha de nutrirse la vida democrática y republicana. En definitiva, no es posible seguir acudiendo a centros de estudio pensando únicamente en proyectos de vida individuales que nieguen o ignoren la realidad social y económica del país; antes, por el contrario, debemos asumir todos por igual que al formarnos en las diferentes áreas del conocimiento adquirimos compromisos con el resto de la comunidad (nacional, estadal y municipal), y que la mejor forma de honrarlos es ejerciendo cada profesión con la mayor libertad e independencia de criterio posible, poniendo al servicio de cada labor (pública o privada lo mejor del talento de cada cual, y participando de la forma que mejor se nos dé en los debates y decisiones que afecten, en mayor o menor medida, la vida de la República.

---

[81] Sobre los efectos negativos del Estado benefactor sobre el desarrollo e independencia de la clase media, véase Jean L. Cohéen y Andrew Arato, *Sociedad Civil y Teoría Política*, FCE, México, 2000, pp. 33 y ss.

[82] Recientemente, el Director de la Escuela de Filosofía de la Universidad Central de Venezuela ha declarado: "Tengo la impresión de que en buena medida las humanidades han terminado por aceptar los métodos característicos de la *tecné* (sic), De una racionalidad que ha excluido los estudios clásicos, la atención hacia la historia y el arte y lo ha supeditado en función del mercado, de las relaciones de intereses actuales (...) Mientras mayores estudios humanísticos tengamos en el país en los diferentes ámbitos y campos de trabajo, más gente culta vamos a tener y un país de gente culta es un país que tiene mayor posibilidad de progreso en el cual sus profesionales no sólo son técnicos especialistas en un determinado campo de trabajo, sino que tienen inclinaciones de formación cultural". José Rafael Herrera, *Este momento es propicio para las Humanidades*, en *Ventana Educativa*, edición 20, año 1, julio 2004, p. 8. Al respecto, véase también *La Crisis Universitaria y la rebelión de la clase media*, Colección Voz Plural N° 3, Dirección de Cultura, UCV; Caracas, 1999.

Otra conquista de los tiempos modernos, que no fue incorporada al ordenamiento internacional y a los derechos internos sino después de los devastadores sucesos de la Segunda Guerra Mundial, es el reconocimiento de los derechos humanos como facultades, atributos y necesidades inherentes a la condición humana en un régimen de libertad en el que la actividad del Estado y de los particulares están sometidas a normas jurídicas, los cuales mal pueden ser desconocidos por los sujetos obligados por tal reconocimiento (los Estados) sin que surja la obligación secundaria de reparar el daño producido y sancionar a los responsables de la violación.

Sin embargo, este signo de nuestro tiempo histórico, en las palabras de Bobbio, que en mi opinión constituye una materialización del proyecto de la modernidad,[83] ha sido criticado duramente, en el ámbito político, por los apóstoles de las verdades absolutas:

> Durante mucho tiempo, el desprestigio entre teóricos y militantes de izquierda de los derechos humanos –que hoy todavía perdura, pero de modo ya muchísimo más cauto– se basó en el contundente ataque lanzado contra ellos por el propio Marx (...) El resumen del punto de vista marxista es ya sobradamente conocido: los llamados derechos del hombre –con sus reivindicaciones de libertad, igualdad, participación en el poder político, etc.– no son verdaderamente sino los derechos del burgués, dueño ya de un Estado destinado a garantizar sus privilegios y deseoso ahora de eternizar en un código inmutable los principios del librecambio (...) Lo que se presenta como un ideal político inspirado por lo más noble de la naturaleza humana no es, en el mejor de los casos, más que el repertorio de piadosos deseos y buenas intenciones imposibles de cumplir en el Estado vigente o un enmascaramiento sublimado de la situación real.[84]

[83] "La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y de valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. *¡Sapere Audere!* ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón!: he aquí el lema de la ilustración (...) Para esta ilustración no se requiere más que una cosa, *libertad*, y la más inocente entre todas las que llevan ese nombre, a saber: la libertad de hacer *uso público* de su razón íntegramente". E. Kant, *Op. Cit.*, pp. 25 y 28.

[84] Fernando Savater, *Ética como Amor Propio*, Grijalbo-Mondadori, Barcelona, pp. 195 y 196.

El mismo Savater nos expone cómo también desde la derecha, que tuvo la oportunidad de blandir en vivo sus "argumentos" decimonónicos durante la defensa de Augusto Pinochet, también los derechos humanos y sus defensores han tratado de ser vilipendiados y desconocidos:

> También desde la derecha la oposición a los derechos humanos va a invocar el egoísmo individualista, pero no ya en nombre de la realización de una justicia superior al capitalismo burgués, sino reivindicando la soberanía de cada nación y el espíritu de cada pueblo contra el intento de establecer algún marco jurídico universal (...) el hombre que defiende la ideología de los derechos humanos es un hombre desarraigado. Un hombre que no tiene pertenencia ni herencia, o que quiere destruir tanto la una como la otra (...) Las reivindicaciones de los derechos humanos son en el fondo la reivindicación del derecho a desinteresarse de la permanencia y de la supervivencia del pueblo al que se pertenece, a desatenderse de su cuarta dimensión y a vivir en la libertad del presente (...) Conceptuada como una doctrina importada de Occidente, la ideología de los derechos humanos no puede tener más que una influencia desastrosa en los sistemas jurídicos y constitucionales de los países del tercer mundo.[85] Entre nosotros, también se ha cuestionado la defensa filosófica y político-jurídica de la idea de los derechos humanos, por considerarla más que expresión de la ética social que dimana de un orden social concreto, una manifestación de la globalización mercantil, ajena a la realidad económico-social de los países del Sur del globo.[86]

Estimamos que las críticas expuestas, salvo las que se fundan en la defensa patriotera y autoritaria de la soberanía del Estado en perjuicio de la soberanía del pueblo que es la única reconocida en las Constituciones democráticas, cuya insensatez ha sido debidamente rebatida en extenso por el mismo Savater

[85] *Ibídem*, pp. 201 a 204.
[86] Ver, al respecto, José M. Delgado Ocando, *Democracia, administración de justicia y resolución de conflictos*, en el libro *Estudios de Filosofía del Derecho*, pp. 451 y ss.

en la obra citada y por autores como Luigi Ferrajoli,[87] no distinguen entre la razonabilidad y la validez de la propuesta cognitiva de los derechos humanos como valores susceptibles, en ausencia de mejores opciones, de un reconocimiento universal por las diferentes culturas que hacen vida en el planeta para la mejor convivencia y bienestar de los seres humanos, y el uso demagógico, positivista o colonialista que del discurso de los derechos humanos han querido hacer no tanto desde el ámbito internacional –que de darse, debe ser rechazado por quienes están en capacidad de advertir la manipulación política o económica del tema– como desde el sector intelectual, estatal y privado de nuestros países en vías de desarrollo, que acaso con el propósito de *curar con agua de colonia la gangrena*, estarían dispuestos a ocultar la persistencia de graves y complejos problemas de segregación, intolerancia, desnutrición, analfabetismo y pobreza en términos generales al interior de las sociedades de la América Latina y otras regiones del planeta, bajo el manto de los aspectos positivos que la globalización de la información y la economía ha mostrado en las últimas décadas, los cuales han sido objeto de análisis críticos,[88] ajenos en todo caso al discurso tercermundista y al del izquierdismo antimoderno.[89]

En todo caso, pienso que más que a un oculto y preconcebido intento internacional –con la aquiescencia de sectores de la vida nacional– de manipular la menta-

[87] "El paradigma de la soberanía externa alcanza su máximo esplendor y a la vez el momento de su trágico fracaso en la primera mitad de nuestro siglo con la nueva guerra europea de los treinta años (1914-1945), en la que se incluyen las dos guerras mundiales que le llevan, por así decir, al suicidio. Este final quedó sancionado en el ámbito del derecho internacional por la Carta de la ONU, aprobado en San Francisco el 26 de junio de 1945, y luego por la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Estos dos documentos transforman, por lo menos en su dimensión normativa, el orden jurídico mundial, trayéndolo desde el estado de naturaleza al estado civil. Por ellos, la soberanía externa del Estado –en principio– deja de ser una libertad absoluta y salvaje y queda subordinada jurídicamente a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos. Es entonces cuando el propio concepto de soberanía externa comienza a ser lógicamente inconsistente y puede hablarse, siguiendo la doctrina monista de Kelsen, de derecho internacional y de los diferentes derechos estatales como un ordenamiento único"; Luigi Ferrajoli, *La soberanía en el mundo moderno*, en *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 144.

[88] Una reflexión sobre la globalización y sus retos, en Rafael Arráiz Lucca, *¿Qué es la Globalización?*, Panapo, Caracas, 2004.

[89] "No bien se contempla la suerte de la dignidad humana y de los derechos que de ella emanan en el mundo contemporáneo, parece advertirse una relación inversamente proporcional entre el discurso y la práctica. Mientras más prolifera el primero, menos satisfactoria resulta la segunda. Los grandes avances científicos y tecnológicos no guardan armonía con el progreso político y moral, y las promesas de la Ilustración, dos siglos después, se estrellan contra los hechos que son tozudos..."; Hernando Valencia Villa, *Los Derechos Humanos*, Acento Editorial, Madrid, 2001, pp. 80 y 81.

lidad colectiva de los ciudadanos venezolanos y sobre todo de los más pobres, opción fácil de promocionar entre quienes padecen el resentimiento y la desesperación, la intrascendencia del reconocimiento de los derechos humanos en los Textos Constitucionales y Tratados Internacionales dedicados a su protección, deriva en buena medida, junto a otras problemáticas que no será posible examinar (corrupción 'institucionalizada', debilidad del Poder Judicial, confusión en el rol de la Fuerza Armada, etc.), de los dos problemas señalados con antelación como causantes de la fragilidad de nuestro régimen democrático, debido a que los mismos fomentan el culto por los goces privados y la técnica por la técnica, así como la adopción de soluciones mágicas, populistas, inmediatistas, ante problemas que deben ser combatidos con medidas racionales, que exigen sacrificios de mediano y largo plazo, tanto de los ciudadanos (esto es, de los miembros del sector empresarial, del sector comercial formal e informal, de los profesionales, de los técnicos y trabajadores urbanos y rurales privados en general) como de quienes laboran al interior de la organización estatal, en forma proporcional a su capacidad educativa y económica, pero sin excepciones.

En efecto, por un lado, como se ha señalado,[90] hasta finales de la década de los 80, los venezolanos, sumergidos en la banalidad propia del Estado petrolero rentista y del culto al líder carismático, carecíamos casi por completo de una cultura en derechos humanos, y hasta veíamos su defensa y garantía como un problema de los países del sur de Sudamérica sometidos por dictaduras militares, que nada tenía que ver con nosotros, y, por el otro, el fracaso reiterado de las políticas públicas populistas aplicadas en el ámbito económico, social y cultural, que al negarse a ocupar al Estado en aquellos asuntos que le compete por mandato constitucional y a diversificar la economía mediante la siembra del petróleo y otras tantas medidas que fueron propuestas en su oportunidad por quienes pronto pudieron anticipar las consecuencias de dicha forma de gober-

[90] "Esos hechos [los del 27 y 28 de febrero de 1989] demostraron que nosotros no tenemos una cultura sobre los derechos humanos, a pesar de que Venezuela había sido líder en la materia. En estos años, todavía no hay suficiente conciencia de los valores y de las obligaciones que impone el Derecho Internacional al Estado (...) Tenemos que recordar que estos derechos no son concesiones del Estado, no son gracias que nos dan los gobernantes, sino que los tenemos por ser personas. Por lo tanto, no están sujetos al cambio administrativo ni a los deseos de los gobernantes"; Liliana Ortega, *Los derechos humanos no son concesiones de los gobiernos*, en *El Nacional,* Caracas, 30-05-99, D/1.

nar,[91] contribuyó a elevar de manera acelerada los índices de miseria y pobreza cultural en cada vez mayores sectores del país, que no sólo subsisten sin el debido respeto y garantía de sus derechos humanos, sino que incluso se han quedado al margen de las ventajas que para la vida humana supone el vivir en el siglo XXI, y al ser olvidados por los sectores con poder de decisión en la vida de la Nación, sólo en algunos casos han obtenido justicia para sus derechos humanos, ante las instancias internacionales.

Nuestro poco interés como sociedad en las causas y consecuencias de las diferentes etapas de la historia de la República de Venezuela, tanto de los períodos en que hubo conflicto y beligerancia como de los valiosos períodos de estabilidad y de gobiernos civiles,[92] cuyo conocimiento resulta imprescindible para ponderar con mayor justicia los aspectos positivos y negativos de la experiencia democrática que se inicia en 1958, llamada a garantizar la libertad política entre los venezolanos, más allá de su mera liberación de regímenes autoritarios o dictatoriales, unido a la falta de conciencia de nuestra pertenencia a un contexto histórico y cultural más allá de nuestras fronteras, que nos une en una pléyade de valores y proyectos comunes al norte de América[93] y a Europa, cada vez más democrática y plural en virtud del crecimiento de la Unión Europea, nos ha impedido descubrir tempestivamente el valor que para la convivencia pacífica, el desarrollo en la calidad de vida humana, la gobernabilidad y la protección de la persona humana, sin distingo de condición social, tiene la idea de los derechos humanos, cuya génesis se remonta a los albores de la llamada civilización occidental, de la que –allende las posturas económica y políticamente rentables que sólo ven en la llegada del hombre europeo a América muerte y saqueo a las 'venas abiertas' de la región– somos parte en buena medida, ello sin olvido de las variantes culturales que derivan de nuestra condición de Nación mestiza, resul-

[91] Un ejemplo de tales advertencias y propuestas, desatendidas en su momento por la clase dirigente y por la clase media profesional, en Moisés Naim y Ramón Piñango (Coor.), *El Caso Venezuela. Una ilusión de armonía*, IESA, Caracas, 1985.

[92] Acerca de uno de los breves episodios de gobiernos civiles ocurridos en el siglo XIX venezolanos, cuya labor debería ser más difundida, véase Carlos Julio Tavera Marcano, *El Gobierno Civil de Juan Pablo Rojas Paúl y el Guzmancismo 1888-1890*, UCV, Caracas, 2004.

[93] Por supuesto, no al decadente show teológico-político que, lamentablemente, hoy día exhibe la administración gubernamental de los Estados Unidos, con una inconveniente tendencia a impregnar la acción del Estado con cierta tendencia religiosa, para hacer frente el flagelo del terror mundial con unilateralismo y pérdida de libertades civiles. *Cfr*: al respecto, las opiniones de Héctor Abad Faciolince, *Ganó la Virgen María*, en *El Nacional,* 07-11-04, A/21; Ana Julia Jatar, *El triunfo del radicalismo*, y Sergio Miñoz Bata, *¡Felicidades Bush!, ¡Condolencias el resto del mundo!*, ambos en *El Nacional,* 08-11-04, A/8 y A/9.

tado del permanente proceso de integración –aún no acabado– de diversas cosmogonías, originarias de las etnias precolombinas y de las personas llegadas desde el continente africano, variantes que no se hallan reñidas con el reconocimiento concertado, aceptado en el ámbito político y moral como razonable, del valor superior de la persona humana, que niega al mismo tiempo toda forma de imposición por la fuerza de dogmas de cualquier índole. Sin libertad, igualdad y tolerancia, no puede haber diversidad y paz social, y aquéllas sólo se logran como una práctica política y jurídica defensora de los derechos del ser humano.

Sobre el proceso histórico de formación de los derechos humanos y su vinculación con la *polis* en el pensamiento de Arendt, se ha señalado:

> El valor atribuido a la persona humana, fundamento de los derechos humanos, es parte integrante de la tradición que se vio interrumpida por la irrupción del fenómeno totalitario (...) En este contexto interesa subrayar otra dimensión importante de la tradición que dio origen al tema de los derechos humanos, a saber, el individualismo en su dimensión más amplia, es decir, todas las tendencias que ven en el individuo, en su subjetividad, el dato fundamental de la realidad. El individuo es parte integrante de la lógica de la modernidad, que concibe la libertad como la facultad de autodeterminación de todo ser humano (...) El derecho subjetivo es una figura jurídica afín a los derechos del hombre y de la personalidad, todos representativos, en su desarrollo teórico del individualismo (...) La idea de que los hombres pueden organizar el Estado y la sociedad de acuerdo con su voluntad y su razón, dejando de lado la tradición y las costumbres, fue la gran novedad de la Ilustración y trajo la sustitución del principio de legitimidad dinástica por el principio de la soberanía popular, de origen contractualista (...) Se sabe, sin embargo, que el proceso de positivación de las declaraciones de derechos no desempeñó esa función estabilizadora (...) Por consiguiente, es difícil atribuir una dimensión permanente, invariable y absoluta a derechos que han revelado ser históricamente relativos (...) De ahí el rechazo del iusnaturalismo por Hannah Arendt que en *On Revolution* observa que los hombres no nacen iguales ni son creados iguales por obra de la naturaleza –de aquello que es dado por ser *physis*–. Es la *polis*, por medio de la ley, es decir, del nomos –en la acepción más amplia de norma, costumbre, opinión y manera de pensar, término que en Hannah Arendt se contrapone

> dicotómicamente a *physis*– la que hace surgir un orden igualitario, que por lo tanto es una construcción convencional.[94]

Pienso que, entre nosotros, vista nuestra textura mestiza, cobra mayor practicidad y valía la idea de los derechos humanos, ya que al estar inspirada en los valores de la tolerancia y el pluralismo religioso y político, así como en un profundo sentido ético en nuestro trato con los demás miembros de la sociedad, debería contribuir, gracias a su reconocimiento por el derecho positivo y a su protección y garantía por el Estado con el concurso de la sociedad, a hacer posible la convivencia entre grupos humanos e individuos que, a pesar de defender diferentes visiones del mundo y de la vida en sociedad (sea de acuerdo a la región donde habiten, las ideas políticas y económicas que sostengan, la mayor o menor pertenencia a una cultura local o a una ancestral como las aborígenes, etc.), han de esforzarse por reconocer al unísono el valor superior de la persona humana y la necesidad de constituir y preservar un régimen democrático de libertades, en el que las obligaciones estatales y sociales derivadas de la constitucionalización de los derechos humanos no se reduzcan a una mera proclama de buenas intenciones, y en donde la diversidad de tradiciones y modos del pensamiento (arte, filosofía, historia, etc.), puedan convivir en forma armónica, mediante la observancia de reglas que hagan compatible la libertad de unos con la de otros, dejando de lado los fundamentalismos de cualquier índole, incluido el democrático.[95]

---

[94] Celso Lafer, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, FCE, México, 1994, pp. 136 a 144. Sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos abunda la bibliografía; ver, entre otros, Antonio E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 21 y s.s; y nuestra exposición sobre la tesis de Carlos Santiago Nino al respecto (expuesta en la obra *Ética y Derechos Humanos*) en Luis Alfonso Herrera Orellana, *Sobre el concepto y fundamento de los derechos humanos*, en Revista de Derecho N° 12, TSJ, Caracas, 2004. Una visión jurídica del asunto, en Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, IIDH, San José, 1999, pp. 27 y ss.

[95] "Un fundamentalista es alguien que se base siempre en certezas, sean éstas científicas o ideológicas, alguien que tiene una concepción cerrada del mundo, una perspectiva única de convivencia, y al que alienta un impulso apostólico tendente a difundir la verdad de que es portador. Un fundamentalista, en sentido estricto, no puede ser un demócrata, y el fundamentalismo democrático, como he sugerido, define una situación paradójica y contradictoria en sí misma (...) El fundamentalista democrático pregona un ideal único y sustancial de la propia democracia, una especie de democracia auténtica, pura e incorrupta, modelo de perfección para cuantos quieran ser buenos ciudadanos". Juan Luis Cebrián, *El Fundamentalismo Democrático*, Taurus, Buenos Aires, 2004, pp. 115 y 116.

No se trata de mantenernos en la mentira constitucional de la que tempranamente nos previno Octavio Paz y de la que en el área del derecho administrativo, no hemos podido salir, sino de adoptar acciones concretas que hagan posible construir una sociedad más libre y más justa, en la que la intervención del Estado en la vida de los ciudadanos para promover el desarrollo y el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales no implique el sacrificio ilegítimo y autoritario de los derechos civiles y políticos, esto es, la negación de la libertad política que ha de regir en la democracia de los modernos, en la que se profundice la descentralización del Poder Público y se eduque a los habitantes de las regiones para que estén informados y alertas para ejercer su libertad política en reclamo y promoción de sus derechos, así como en el cumplimiento de sus deberes, y en la que las víctimas de violaciones a los derechos humanos no tengan que soportar largos y costosos procesos internacionales para lograr el castigo a los responsables y la reparación de los daños (como en América Latina lo ha garantizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como El Caracazo) y puedan lograr esa tutela judicial en el ámbito doméstico ante órganos judiciales imparciales e independientes, como han de ser los Juzgados contencioso-administrativos y el guardián de la Constitución, en nuestro caso, la Sala Constitucional.

Finalizo estas líneas, haciendo propia la reflexión que Luis Castro Leiva expuso el 23 de enero de 1998, al referirse a nuestra insensata práctica de atribuir la responsabilidad de nuestras tragedias y dificultades a la democracia, cuando muchas de ellas son consecuencia de la ausencia de conciencia histórica, de la desunión de nuestras voluntades y a la carencia de virtudes cívicas:

> Extraña paradoja entonces: durante casi dos siglos nos hemos devotamente entrematado para lograr la libertad de que gozamos, y ahora que la tenemos, tan bien o mal como nos luce, pareciera que queremos empeñarnos en caerle a patadas a la fuente que nos depara la posibilidad de ser nosotros mismos quienes somos ¿Cómo explicar la paradoja? Pensemos, consideremos la militancia del odio a la democracia en la sensibilidad moral criolla (...) Y es que esa misma cultura política que produce el desprecio de la democracia cultiva una pareja adoración por la personalidad autoritaria y por el romanticismo de asonada, real o imaginario, que luego arrima mansamente a la sombra de un paternalismo de Estado. No, en el olvido no se halla la clave de lo que celebramos; sólo se hallan caminos para su perdición.[96]

[96] Luis Castro Leiva, *El 23 de enero de 1958. Discurso de Orden en el Congreso de la República a los 40 años del derrocamiento de la última dictadura*. El Centauro Ediciones, Caracas, 2002, pp. 46, 48 y 49.

Las fuentes meta-estatales del Derecho. Hacia una reordenación del ordenamiento jurídico

Rafael ORTIZ-ORTIZ[*]
Mariela NANI TORRES[**]

SUMARIO:

1. **Preliminares: 1.1** *La globalización y el derecho*. **1.2** *La legislación meta-estatal*. **1.3** *Legitimidad y normas de reconocimiento.*

---

[*] **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. Especialista *Summa Cum Laude* en Derecho procesal y Magíster *Summa Cum Laude* en Derecho procesal y Especialista en Derecho Administrativo. Doctorado en Derecho, cursos. Profesor asociado en pregrado y postgrado. **Universidad Central de Venezuela**, Especialista en Derecho del trabajo. Doctorado en Ciencias Políticas, cursos. Ex profesor de pregrado y postgrado. **Universidad Arturo Michelena**. Decano de Estudios de Postgrado, Profesor de pre y postgrado. **Universidad de Carabobo**, Profesor de Pre y postgrado. **Universidades Nacional Autónoma de México, Santiago de Chile, Fermín Toro (Barquisimeto), Bicentenaria de Aragua, Católica del Táchira,** Profesor Invitado. **Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo en la Región Capital** (Caracas) y **en la Región Centro Norte** (Valencia), Ex Juez Titular. **Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo**, Ex Magistrado.

[**] **Universidad de Carabobo,** abogada mención *Summa Cum laude,* profesora de la cátedra de Introducción al Derecho**. Universidad Católica Andrés Bello,** especialista en Derecho administrativo. **Universidad Arturo Michelena,** Directora de la Escuela de Derecho.

Quienes nos formamos en el ámbito de la Filosofía del Derecho, el estudio sobre la Ontologización no podría ser menos oportuno para unirnos en el merecido homenaje al Doctor Juan Bautista Fuenmayor, pues son muchas las generaciones de abogados, científicos y juristas que deben, al maestro, sus enseñanzas y lecciones esclarecedoras. Desde el alma de la Universidad Arturo Michelena, los autores se unen con regocijo a las loas merecidas por el autor homenajeado.

2. **Clasificación de las normas jurídicas: 2.1** *Introducción.* **2.2** *Por su jerarquía en el ordenamiento jurídico:* **2.2.1** Normas de rango constitucional. **2.2.2** Normas de rango infraconstitucional. **2.3** *Por el ámbito de validez:* **2.3.1** Por el ámbito espacial. **2.3.1.1** Normas de Derecho interno y normas de Derecho extranjero. **2.3.1.2** Normas jurídicas nacionales, estaduales y municipales. **2.3.2** Por el ámbito temporal: **2.3.2.1** Normas de vigencia indeterminada. **2.3.2.2** Normas de vigencia condicionada. **2.3.3** Por el ámbito personal: **2.3.3.1** Normas generales y abstractas. **2.3.3.2** Normas especiales y abstractas. **2.3.3.3** Normas individualizadas. **2.4** *Por su ámbito de imperatividad.* **2.4.1** El concepto de orden público. **2.4.2** Normas de orden público absoluto (*ius cogens*). **2.4.3** Normas de orden público relativo. **2.5** *Por la autoridad normativa:* **2.5.1** Normas de origen estatal: **2.5.1.1** Normas del Poder Legislativo. **2.5.1.2** Normas del Poder Ejecutivo. **2.5.1.3** Normas del Poder Electoral. **2.5.1.4** Normas del Poder Judicial o jurisprudencia normativa. **2.5.2** Normas de origen social: **2.5.2.1** Normas jurídicas de origen social indeterminado: La costumbre. **2.5.2.2** Normas de origen social determinado: Los negocios jurídicos. **2.5.2.3** Normas de origen unilateral y eficacia condicionada: El testamento y la donación. **2.6** *Por la presencia de la sanción:* **2.6.1** Normas de estructura perfecta. **2.6.2** Normas imperfectas. **2.6.3.** Normas *plus quam perfectae.* **2.6.4** Normas *minus quam perfectae.*
3. **Las fuentes internacionales del Derecho: 3.1** Los tratados internacionales: **3.1.1** Definición y caracteres. **3.1.2** Clasificación: **3.1.2.1** Los tratados ordinarios de Derecho internacional público: **3.1.2.1.1** Fundamentos teóricos. **3.1.2.1.2** Definición. **3.1.2.1.3** Rango legal (ley aprobatoria). **3.1.2.2** Los tratados sobre el Derecho internacional de los derechos humanos. **3.2** *Los tratados sobre derechos humanos:* **3.2.1** Definición: **3.2.2** Condiciones de la norma de reconocimiento. **3.2.3** Jerarquía normativa como fuente directa**.** **3.2.4** La cláusula de "aplicación preferente".
4. **El Derecho extranjero como fuente del Derecho interno: 4.1** *Definición.* **4.2** *Normas extranjeras como fuentes "directas".* **4.3** *El Derecho extranjero como fuente "indirecta": El Derecho comparado.*
5. **El Derecho comunitario: 5.1** *Definición.* **5.2** *El ordenamiento jurídico comunitario.* **5.3** *La legislación originaria y derivada:* **5.3.1** Las normas "constitucionales" andinas. **5.3.2** El ordenamiento andino derivado. **5.4** *Las fuentes del Derecho comunitario:* **5.4.1** Las "directrices" del Consejo Presidencial Andino: **5.4.2** Las declaraciones y decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. **5.4.3** Las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina. **5.4.4** Las resoluciones y dictámenes de la Secretaría General. **5.4.5** Los convenios de complementación industrial. **5.4.6** Las sentencias y laudos del Tribunal de Justicia. **5.5** *Relaciones con el Derecho interno:* **5.5.1** La norma constitucional de reconocimiento. **5.5.2** Eficacia y aplicación de las normas del Derecho comunitario.

1. PRELIMINARES

Es evidente que hoy en día no es posible circunscribir el "ordenamiento jurídico" de un país a los instrumentos que las "autoridades" de tal país crea, al contrario, la cercanía de las fronteras, las múltiples relaciones que se producen entre sus ciudadanos y la conciencia democrática, cada vez más creciente, entre los países, ha dejado colar la idea de que los países no constituyen aquellos "islotes" separados, ajenos a lo que ocurre allende a ellos. Precisamente estas dos circunstancias: a) las crecientes "relaciones" entre ciudadanos de diferentes países, y b) la importancia que han adquirido el sistema democrático y la defensa de los derechos humanos, es lo que ha hecho que el concepto de "soberanía" haya cambiado en los últimos años.

En efecto, hablar de "soberanía" hace pocos años atrás significaba "no injerencia", "autodeterminación de los pueblos" y, en definitiva, la capacidad que tenían los países de hacer "dentro de sus fronteras" lo que la autoridad quisiera; muy por el contrario, hoy en día, hablar de "soberanía" es hablar de "solidaridad internacional", es pensar en un sistema democrático que interesa por igual hacia dentro como hacia fuera de los países y, en definitiva, es hablar de "cosas humanas" que interesan a todos, independientemente del color, la raza, la religión y la misma "nacionalidad". Precisamente, ese cambio de "paradigmas" empuja al Derecho –como ciencia de la realidad– a una nueva perspectiva: se habla, por ejemplo, de un "derecho internacional de los derechos humanos", de un "derecho del trabajo internacional", de un "sistema democrático continental". El Derecho, entonces, ha ido a la zaga de los cambios sociales y de la concepción política; el Derecho no puede constituirse en un obstáculo para el cambio social, sino en un elemento "ordenador" de los cambios sociales, ajustado y acorde con las necesidades políticas y como una herramienta de crecimiento y de perfección colectiva.

En este ensayo estudiaremos las "fuentes meta-estatales" del Derecho, es decir, todos aquellos instrumentos que *no son creados por alguna autoridad nacional* (órganos legislativos, la rama ejecutiva del Poder Público, etc.), sino que se "impone" desde fuera de sus fronteras, concretamente estudiaremos los siguientes aspectos:

> 1) *Las fuentes internacionales del Derecho*: Esto es, el conjunto de instrumentos jurídicos a través de los cuales se "crean" reglas, normas, principios o directrices por una autoridad "internacional", es decir, a través de los tratados internacionales (Derecho internacional público);

> 2) *El Derecho extranjero como "fuente" del Derecho interno*: Nos referimos a los modos en que normas jurídicas contenidas en "leyes" extranjeras que tienen aplicación en casos resueltos en Venezuela (sobre todos los casos regulados por el Derecho internacional privado) y cuando ese Derecho extranjero sirve para "comparar" diversos sistemas jurídicos para una más clara interpretación (Derecho comparado);
>
> 3) *El Derecho comunitario*: Se trata del conjunto de instrumentos jurídicos producidos por instancias "supranacionales" que son el resultado de los sistemas de integración regional o subregional, como ocurre con la Unión Europea y la Comunidad Andina de Naciones.

Para abordar con éxito esta tarea, debemos comenzar con analizar brevemente en qué consiste el fenómeno de "globalización" y de qué manera ese hecho ha impactado en la legislación de los países involucrados.

1.1 *LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO*

La noción de "globalización" se debe a la idea de concebir el planeta entero como una "aldea", es decir, todos los países de la tierra, debido a los fenómenos de telecomunicaciones, están tan "cercanos" unos de otros, que convivimos como en un "globo" en el cual todo se sabe al instante. Es clásica la expresión de que un "estornudo" en Tokio se escucha inmediatamente en Argentina. El mundo es, entonces, una *aldea global,* donde "nada es ajeno" y "todo interesa a todos", por una razón de equilibrio y de crecimiento. Los países han comprendido que no es posible el desarrollo aislado de una nación sin contar con el "desarrollo" del otro, tampoco es posible concebir la paz interna de un país, si el "vecino" no encuentra, también, esa paz. Es por ello también que la noción de "soberanía" entendida como "auto-determinación" ha dejado de ser un coto cerrado para "ampliar" la noción hacia el respeto de los derechos humanos. Es decir, un país será "soberano" en la medida en que su "autoridad" respete los derechos universales del hombre que le pertenecen por su mera condición de persona. Como ha dicho un extraordinario estudioso de esta temática, el profesor Carlos Ayala Corao:

> Este movimiento en torno a los derechos va ir acompañado de una superación del concepto mismo de soberanía. Ésta va a ser relativizada, admitiéndose así límites al derecho interno que van a derivar de los compromisos internacionales, y de principios universales que van a ser aceptados por los Estados. Dentro de estos principios y compromisos internacionales, los derechos humanos van a jugar un rol fundamental (Ayala Corao: 2002, p. 39).

Las "fuentes" del Derecho se pueden clasificar en atención a la autoridad de creación, y para justificar la presencia de "instrumentos jurídicos" provenientes de una "autoridad" diferente a la tradicional concepción del Poder Público, existe una portentosa corriente que se ha impuesto en los Estados contemporáneos: la *democracia* como valor universal y los *derechos humanos* como sustento de reconocimiento o de "legitimidad" internacional.

1.2 *LA LEGISLACIÓN META-ESTATAL*

La visión expuesta anteriormente implica que los países han tenido que reconocer la "fuerza" o la "autoridad" de la comunidad internacional para regular tres aspectos diferentes: 1) la actuación del Estado en sus relaciones con otros Estados; 2) la actuación del Estado para con sus ciudadanos, y 3) la actuación de los ciudadanos entre sí. El "reconocimiento" de la autoridad de entes "supranacionales" o "supraestatales" ha dado lugar a lo que denominamos la *legislación meta-estatal* y que definimos sobre las siguientes bases:

> Son *instrumentos jurídicos de origen meta-estatal* todos aquellos que por una *norma de reconocimiento* postulada en la Constitución conceden "autoridad" a entes diferentes del Estado para crear normas y principios jurídicos aplicables tanto al Estado como a sus ciudadanos, y que asumen *rango y jerarquía constitucional* (en caso de los tratados sobre derechos humanos) y *rango y jerarquía legal* como ocurre con los instrumentos del Derecho comunitario.

A estas dos posibilidades hay que incluir el hecho de que los países deben tomar en cuenta en su "ordenamiento interno" las normas, reglas y principios de otros países cuando se trata de la materia de estado y capacidad de las personas, pues tales contenidos siguen a las personas dondequiera que se encuentren; en otras palabras, cuando un juez debe resolver un caso concreto donde está involucrado algún extranjero, si se trata de estado y capacidad de las personas, *debe aplicar el Derecho extranjero,* en virtud de expresas disposiciones de la Ley de Derecho Internacional Privado.

1.3 *LEGITIMIDAD Y NORMAS DE RECONOCIMIENTO*

Como se ha podido ver, la legislación meta-estatal abarca tres situaciones perfectamente diferenciables: a) el Derecho internacional (regulación jurídica de las relaciones entre los Estados), éste es el campo preciso del *Derecho internacional público*; b) el Derecho extranjero (regulación jurídica de los

ciudadanos de un país dondequiera que éstos se encuentren), éste es el campo del *Derecho internacional privado*; y c) el Derecho creado por instancias supranacionales para regular tanto la actuación del Estado con otros Estados, la relación del Estado con sus ciudadanos y la regulación de las relaciones entre los ciudadanos mismos, éste es el campo del *Derecho comunitario*. Esto significa entonces que la "autoridad" para crear estas normas jurídicas proviene de un ente "meta estatal" o "supra estatal" a quienes se les reconoce *legitimidad* o posibilidad jurídica como fuente del Derecho, legitimidad que tiene su base, repetimos, en la *universalización de los Derechos humanos* y la consagración de la *democracia como sistema jurídico-político deseable* en toda sociedad organizada.

Ahora bien, no son suficientes tales "principios" (derechos humanos y democracia) para sustentar la existencia de la legislación meta estatal, ya que, como se señala en la definición, es necesario una "norma de reconocimiento", es decir, *es indispensable que exista una norma de Derecho interno del más alto rango* que disponga la obligación de acatar los instrumentos jurídicos que provengan de entes internacionales, supranacionales o de otros países.

Toda "autoridad" para crear cualquier "contenido jurídico" (reglas, normas, principios o directrices) debe contar con una *norma de reconocimiento,* por lo cual cuando se regulan los "instrumentos jurídicos" (ley, reglamento, costumbre, jurisprudencia, normas individualizadas, etc.) se establece la "competencia" o la "autoridad" para crear tales instrumentos. En cuanto al tema que ahora nos ocupa, el Derecho internacional, Derecho comunitario y Derecho extranjero, los mismos encuentran sus respectivas normas de reconocimiento de la siguiente manera:

> 1) *Los instrumentos del Derecho internacional*, en lo que concierne a las relaciones entre los Estados (Derecho internacional público) tiene su norma de reconocimiento en el Código Bustamante y en la Convención de Viena sobre Tratados; y en lo que concierne al *Derecho internacional de los derechos humanos* se encuentra en el artículo 23 de la Constitución, que atribuye carácter constitucional a los instrumentos sobre derechos humanos; esta última temática debe leerse concatenadamente con los artículos 19, 31, 37, 44.2, 73, 74, entre muchas otras normas constitucionales;
>
> 2) *Los instrumentos del Derecho comunitario*, encuentra su norma de reconocimiento en la norma consagrada en el artículo 153, que

permite a la República unirse a instancias "supranacionales" de integración, y para esto se le atribuyen a tales organizaciones "las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración" y según se dispone "las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna";

3) *Los instrumentos del Derecho extranjero*, aplicables en el país, se encuentra regulado en la Ley de Derecho Internacional Privado, y en los artículos 9 y 26 del Código Civil.

Analizaremos en este epígrafe de modo detenido cada una de estas fuentes del Derecho que cada día adquieren mayor importancia, pero antes de ello debemos realizar una "clasificación" de las normas jurídicas para poder *ubicar* acertadamente estas fuentes atípicas del Derecho en el marco de la teoría general.

2. CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

2.1 *INTRODUCCIÓN*

Cuando alguien pretende "mudarse" de una casa a otra, deberá trasladar una cantidad de cosas que le pertenecen (desde la vajilla hasta las pelotas de basketball, pasando por libros, utensilios de cocina, ropa, etc.); y si quiere tener "orden" y además garantizar que los objetos no se rompan (p.ej. la vajilla), establecerá unas "cajas" debidamente identificadas donde colocará diversos objetos que puedan recibir el mismo manejo físico del traslado (colocará las pelotas de basketball con las bolas de billar, los libros irán en cajas similares, la vajilla en una caja especial, etc.). Esta "ordenación" se hizo fundamentalmente para: a) saber dónde está cada cosa; y b) que los diversos objetos reciban un trato similar a su naturaleza (el vidrio se manejará con mayor cuidado que las bolas de billar). Así funciona también la mente humana: coloca en diversas "cajas" diversas "especies" de objetos para recibir un trato igualitario y para saber dónde está cada cosa. A estas "cajas" denominaremos *categorías* y a los objetos que van dentro de ellas, los llamaremos *elementos* o *individuos*.

La tarea de "clasificar" no es más que realizar esta misma operación: se determina una *categoría* para ubicar dentro de ella diversos elementos. Clasificar es *organizar* o *formar grupos* en atención a un *criterio superior*, como dice Calvani "cuando se va a proceder a clasificar, es menester tener un punto de

vista del cual hemos de partir como punto de referencia". La clasificación tiene una importancia metodológica y práctica y, en este mismo sentido, algunos autores afirman que los criterios de división son infinitos, pero la clasificación sólo tendrá valor cuando responde a exigencias de orden práctico o a necesidades sistemáticas. Olaso y Casal hablando sobre la importancia de la clasificación, señalan:

> La clasificación de las normas jurídicas tiene importancia desde el punto de vista práctico, en cuanto se trata de establecer algún orden dentro de esa abigarrada multitud de normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico positivo; y la tiene también desde el punto de vista metodológico, en cuanto ese orden ayudará a entender mejor las ideas que se estudian.

Desde luego que estableciendo la *categoría* a la cual pertenece una determinada *norma jurídica* (elemento) podemos, efectivamente, saber dónde "ubicamos" cada norma y nos permitirá, igualmente, darle un mejor manejo, porque nos ayuda a entenderlas mejor. Ha sido García Maynez el autor que más ha influido en los demás autores que se han ocupado del tema de la clasificación de las normas jurídicas, estableciendo al efecto 11 diversos criterios de clasificación que hemos denominado "categorías"; el Padre Olaso las reduce a 9 criterios en el cual adapta el criterio de García Maynez a la perspectiva venezolana. Sin embargo, en ambos autores se realizan clasificaciones que se "confunden", con lo cual la finalidad de la clasificación pierde eficacia (p.ej. se clasifica la norma "nacional" dentro del criterio del "sistema al cual pertenecen" pero, al hablar del ámbito espacial a las normas "nacionales" las denomina "generales", pero este término *generalidad* es común a todas las normas, con lo cual se pierde el sentido de la clasificación). En este ensayo, limitado en tiempo y extensión, por su naturaleza de obra colectiva, hemos escogido cinco criterios o categorías de clasificación:

1. Por su jerarquía en el ordenamiento jurídico.

2. Por el ámbito de validez.

3. Por su ámbito de imperatividad.

4. Por la autoridad normativa.

5. Por la presencia de la sanción.

2.2 *POR SU JERARQUÍA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO*

Las normas jurídicas ocupan un lugar en atención a un orden jerárquico que se postula del ordenamiento jurídico; en otras palabras, entre las diversas normas hay un *orden de prelación y vinculación,* de modo que la validez de una dependerá de su conformidad con la norma de "rango" superior. Todas las normas jurídicas del ordenamiento que conforman los diversos "planos" o "bloques" de legalidad están necesariamente supeditadas a la Constitución, por ser ésta la *norma normarum,* el vértice y la cúspide del ordenamiento jurídico de un país. Por su jerarquía, entonces, las normas jurídicas pueden clasificarse en *normas constitucionales* o normas con "rango" constitucional, y por otra parte, las normas *infraconstitucionales;* explicaremos brevemente ambos elementos.

2.2.1 *Normas de rango constitucional*

> Se habla de *normas de rango constitucional* a todas aquellas normas jurídicas que se encuentran consagradas en la Constitución de la República, en los Tratados internacionales sobre derechos humanos o en los otros actos normativos de la Asamblea Nacional Constituyente, y que por su posición en el ordenamiento generan el deber de mantener su integridad.

En efecto, las normas de "rango constitucional" son de dos tipos: a) las consagradas directamente en la Constitución de la República, y b) las contenidas en los tratados sobre derechos humanos que, por disposición del artículo 23 de la Constitución, tienen el mismo rango constitucional. La norma de rango constitucional contenida en la Constitución, constituye el parámetro de validez de las restantes normas jurídicas (supremacía constitucional, artículo 7 CRBV); mientras que, las normas de rango constitucional contenidas en los tratados sobre derechos humanos generan, no la nulidad, sino la aplicación preferente en los casos concretos.

> Tribunal Supremo de Justicia. Constitucional: *Sentencia Nº 1077 de 22 de septiembre de 2000* (caso Servio Tulio León, exp. 00-1289): Pero muchas veces, dos o más normas constitucionales, pueden chocar entre sí, absoluta o aparentemente, haciéndose necesario que tal situación endoconstitucional sea aclarada. Siendo esta Sala la que puede con carácter vinculante, establecer la existencia de la contradicción y el criterio sobre cuál debe prevalecer o complementarse entre sí, no parece que pueda negarse a la ciudadanía el acudir ante ella, sin necesidad de juicio en curso, donde se han de aplicar las

> normas encontradas, a fin que de una vez –en aras a la seguridad jurídica– se resuelva la antinomia. Esta situación se agrava, desde el momento que el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, expresa que los tratados, pactos y convenios relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno. Muchas veces estos tratados, pactos y convenios tienen normas que pudieran en apariencia contradecir normas constitucionales, lo que hace necesario dilucidar, cuáles entre esas normas de igual rango, es la que priva.

2.2.2 *Normas de rango infraconstitucional*

> Se denomina *normas infraconstitucionales* a todas aquellas normas jurídicas que se encuentran en diversos instrumentos jurídicos diferentes de la Constitución y los tratados sobre derechos humanos, y que tienen como propósito desarrollar directamente sus normas y principios o la regulación de aquellas materias especialmente reservadas.

Lo curioso e interesante de este aspecto está en que las normas *infraconstitucionales* pueden ser dictadas antes de la Constitución o con posterioridad a ésta, en cuyo caso estamos, respectivamente en presencia de normas *preconstitucionales* o *postconstitucionales.* Este último criterio sólo responde al carácter temporal de las normas en su comparación con la Constitución. La característica central de las normas preconstitucionales está en que su "contenido normativo" debe ser adaptado a los postulados de la nueva Constitución que se dicte. En este sentido, nuestro Tribunal Supremo ha señalado:

> Tribunal Supremo de Justicia. Sala Electoral: *Sentencia Nº 170 de 22 de diciembre de 2000* (caso Club Social Layalina vs CNE, exp. 0000142): De tal manera que, a la luz de tal regulación, y de los principios constitucionales de participación ciudadana protagónica en los asuntos de interés público, es evidente que la figura del referendo, u otras modalidades de consultas populares, que en el ordenamiento jurídico preconstitucional constituía prácticamente un mecanismo excepcional de participación ciudadana, el cual se encontraba regulado (si se quiere de una manera tímida) en diversas materias (electoral, municipal, urbanística y de ordenación territorial, etc.) ha pasado a ser uno de los más variados que prevé la Carta Magna. Esta consi-

> deración resulta ser de importancia fundamental al momento de interpretar el ordenamiento jurídico, puesto que, en virtud del principio de supremacía constitucional (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) el intérprete jurídico, mucho más el juez, *está llamado a aprehender el sentido de las normas preconstitucionales, adaptándolas a los valores, principios y reglas que pauta el nuevo Texto Fundamental, que resulta ser la guía orientadora en toda labor hermenéutica progresiva y ajustada a los nuevos valores de nuestro ordenamiento*.

Esta clasificación de las normas en atención a la jerarquía de sus normas es una de las más importantes debido a la relativamente reciente promulgación de un nuevo texto constitucional en Venezuela.

2.3 *POR EL ÁMBITO DE VALIDEZ*

Un segundo criterio de clasificación está en el ámbito de validez o vigencia. La vigencia de una norma puede referirse al *momento a partir del cual* la norma resulta obligatoria (*validez temporal*) o bien puede referirse al área geográfica en el cual la norma puede ser exigida (*validez espacial*) y, por último, la validez puede referirse a las personas o categorías de personas frente a quienes la norma es exigida (*validez personal*).

2.3.1 *Por el ámbito espacial*

Como habíamos dicho, las normas jurídicas pueden dictarse para que tengan aplicación en un área geográfica determinada, es decir, las normas y principios tienen aplicación dentro de cada territorio de los países. Esta es la primera gran "clase" de normas que pueden plantearse por su vigencia "geográfica" y, en principio, se refieren al ordenamiento jurídico (normas, reglas y principios) que tienen aplicación en cada país para regular su vida interna; es decir, debido a la independencia, libre determinación de los pueblos y la soberanía, cada país tiene la potestad de regular la vida de sus ciudadanos y, en consecuencia, puede dictar las normas jurídicas que consideren necesarias para cumplir con los mandatos constitucionales. Desde este punto de vista las normas pueden ser de *Derecho interno* y *normas de Derecho extranjero.*

2.3.1.1 *Normas de Derecho interno y normas de Derecho extranjero*

> Se denomina *normas de Derecho interno* todas aquellas normas jurídicas que cada país, en ejercicio de su soberanía, dicta para regular la vida de sus ciudadanos; mientras que las *normas de Derecho ex-*

> *tranjero* serán aquellas que dictan otros países y que, excepcionalmente, deben ser aplicados internamente.

De esta manera son de Derecho interno todas las normas que se dictan en Venezuela, sea que provengan de la Asamblea Nacional o de los Estados y Municipios, o normas que dicte el Poder Ejecutivo e, incluso, las normas dictadas por la jurisdicción. La característica central es que son normas que rigen "internamente" en el espacio geográfico del país. En cambio, las normas de *Derecho extranjero,* serán todas aquellas que se dictan, igualmente, en otros países. ¿Cuándo las normas de *Derecho extranjero* tienen aplicación en el país? Cuando analicemos las fuentes del Derecho explicaremos con más detalle que las normas de Derecho extranjero se aplicarán internamente en el país en los supuestos de *Derecho internacional privado,* fundamentalmente en materia de estado y capacidad de las personas, porque el *domicilio* rige esta materia sea el lugar donde se encuentre la persona.

2.3.1.2 *Normas jurídicas nacionales, estaduales y municipales*

Ahora bien, las normas de Derecho interno pueden ser "clasificadas", a su vez, según su vigencia en *toda la geografía nacional* o también las que dicten los Estados y los Municipios. En efecto, y como se sabe, nuestra forma de Estado es *federal* y *descentralizado,* lo que trae como consecuencia que las unidades político territoriales tengan *competencias exclusivas* sobre determinadas materias; esta "competencia exclusiva" no sólo lo es con respecto de la actuación administrativa (Poder Ejecutivo) sino también la *legislación* respectiva para poder cumplir con los cometidos. De esta forma existirán normas "nacionales" para significar que su vigencia es *en toda la República,* mientras que las normas *estaduales* sólo se aplican en el ámbito de determinado Estado y las normas *municipales* cuya vigencia sólo puede predicarse con respecto de la respectiva área geográfica donde los municipios ejercen su competencia exclusiva. De esta manera puede concluirse que:

> Son normas jurídicas *nacionales, estaduales y municipales* a todas aquellas normas jurídicas que dictan respectivamente la Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos Estaduales y los Consejos Legislativos Municipales en sus específicas áreas de *competencia exclusiva* y las cuales tendrán vigencia, respectivamente, en toda la República, en el Estado o en el área geográfica municipal.

De esta manera *no hay jerarquía entre las normas nacionales y estaduales, ni entre éstas y las ordenanzas municipales,* porque cada unidad político territorial

goza de autonomía y, ejercen *competencias exclusivas* sobre las diversas materias que la Constitución establece. Si una ley de un Estado, por ejemplo, quebranta una norma nacional *no puede atacarse por ilegalidad sino por inconstitucionalidad,* y la razón no es violación de jerarquía alguna sino *usurpación de atribuciones,* por cuanto la ley estadual estaría regulando "materias" que son competencia exclusiva de la Asamblea Nacional. Al revés el ejemplo también funciona: si una ley nacional violenta lo que establece una ordenanza municipal, el vicio no es "ilegalidad" sino "inconstitucionalidad" debido a la usurpación de funciones o atribuciones.

2.3.2 *Por el ámbito temporal*

La anterior clasificación se centraba en el *ámbito espacial* de validez, mientras que ahora nos corresponde analizar *el momento a partir del cual las normas adquieren vigencia,* es lo que se conoce en la doctrina como *validez temporal* de las normas jurídicas. Cualquiera pudiera pensar que todas las normas se aplican *permanentemente* y que no pudieran tener una duración determinada. Sin embargo, la vida diaria nos muestra muchos ejemplos de *normas de conducta temporales,* tal es el caso del pago de Impuesto al Débito Bancario, que se establece para regir durante cierto tiempo específicamente determinado. De igual modo, la Ley Habilitante que es aquella mediante la cual la Asamblea Nacional habilita al Presidente de la República para dictar Decretos-leyes, tiene una "duración" determinada, y ni hablar de la Ley de Presupuesto que se dicta para regir durante cada año fiscal. Con base en esta observación, las normas pueden tener una *vigencia determinada* o, pudieran asumir una *vigencia condicionada,* tal como lo explicaremos de seguidas.

2.3.2.1 *Normas de vigencia indeterminada*

> Son normas jurídicas de *vigencia indeterminada* todas aquellas que se dictan para regir de modo permanente las conductas de las personas vinculadas por el ordenamiento jurídico y las cuales sólo pueden ser derogadas por otras normas jurídicas.

De esta manera, las normas, contenidas en leyes, son "obligatorias" desde su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República,[1] y las normas contenidas en otros

[1] El artículo 1º del Código Civil establece: "La ley es obligatoria desde su publicación en la *Gaceta Oficial* o desde la fecha posterior que ella misma indique". La Constitución dispone en el artículo 215 que "La ley quedará promulgada al publicarse con el correspondiente *Cúmplase* en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela".

instrumentos jurídicos dependerán de los mecanismos de promulgación que a tal efecto se establezcan. Estas normas, contenidas en leyes, no pueden derogarse sino por otras leyes de igual o mayor jerarquía[2] y lo mismo ocurrirá con otros instrumentos jurídicos (*V.gr.* si la norma está contenida en un Reglamento se requerirá otro instrumento similar para que deje de tener vigencia, pero también puede ser derogado por una ley en tanto que ésta es de mayor jerarquía que aquél).

2.3.2.2 *Normas de vigencia condicionada*

> Son normas jurídicas de *vigencia condicionada* todas aquellas que se dictan para regir de modo *temporal* o *provisional* durante cierto tiempo, estableciéndose, en el primer caso, un momento preciso en que pierde vigencia o hasta que se cumpla cualquier otra condición a la que se sujeta su vigencia.

Si bien es cierto que la regla general y por exigencia de la seguridad jurídica es que las normas sean "permanentes", también es jurídicamente posible que la norma se dicte para regir *durante un tiempo,* pudiendo asumir tres posibilidades:

> a) *Normas temporales*: Que el tiempo durante el cual la norma va a estar vigente esté completamente determinado y se trate de un lapso *determinado,* en cuyo caso estamos en presencia de *normas temporales,* tal es el caso de la Ley Habilitante que se dicta con una vigencia limitada temporalmente de manera expresa, o la Ley de Presupuesto cuya vigencia es sólo el año fiscal para el cual se dicte;
>
> b) *Normas provisionales*: Que el tiempo durante el cual la norma va a estar vigente se sujete o condicione a un evento *externo* y *material,* no ligado al tiempo sino a determinados acontecimientos; así, por ejemplo, las llamadas "disposiciones transitorias" constituyen normas de esta especie, pues estarán vigentes hasta que se cumpla la condición a la cual se sujete dicha vigencia. En este caso estamos en presencia de *normas provisionales* o *transitorias.*

[2] El artículo 7º del Código Civil dispone: "Las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean". El artículo 218 de la Constitución establece: "Las leyes se derogan por otras leyes y se abrogan por referendo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas".

> c) *Normas de categoría temporal mixta*: Es un extraño fenómeno normativo en el cual se le da vigencia a determinadas "normas jurídicas" sólo mientras se dictan "nuevas normas" sustitutivas, para el cual, puede establecerse o no un determinado "tiempo". Como se aprecia, resulta de una "combinación" de tiempo y nueva actividad normativa. Esto sucede, por ejemplo, con las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.[3]

En los dos primeros supuestos (normas temporales y normas provisionales) no se requiere que se dicte una "nueva norma" que derogue la anterior, pues bastará que se cumpla la "condición temporal" en el primer caso, o que se realice el hecho al cual se sujeta la condición en las normas provisionales. Sin embargo, en el tercer caso, será necesario que se dicte una nueva norma que deje sin efecto a la anterior, lo cual dependerá si se establece plazo o no para realizar esta última actividad.

2.3.3 *Por el ámbito personal*

Una tercera posibilidad de clasificación por el "ámbito de validez" ya no se refiere al *espacio,* ni al *tiempo,* sino a los destinatarios de las normas. Para captar la profundidad de esta clasificación se requiere tener presente el estudio sobre la "generalidad" y la "abstracción" de las cuales padecen todas las normas jurídicas.

2.3.3.1 *Normas generales y abstractas*

En principio, se supone que *todas las normas son generales* (están dirigidas a toda la comunidad organizada) y por ello mismo son *abstractas* (resultan aplicables cada vez que se da el supuesto de hecho necesario para que se produzca la consecuencia jurídica). Estas son normas *generales y abstractas*:

> Son normas jurídicas *generales y abstractas* todas aquellas aplicables a *cualquier y toda persona* que se encuentre bajo el marco del

[3] Esta norma dispone: Artículo 223. Ley Orgánica de Telecomunicaciones: "Hasta tanto se desarrolle el régimen especial previsto en el artículo 45 de esta Ley, se continuará aplicando el régimen de personal de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones vigente antes de la entrada en vigencia de esta Ley". Repárese que las normas de la Comisión "estarán vigentes" hasta que se dicten "nuevas normas" de persona. Aquí se sujeta la "vigencia" de unas normas (de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones) al hecho de que se dicten nuevas normas.

> supuesto de hecho con prescindencia de situaciones individuales o particulares.[4]

Las normas son "generales" entonces cuando se dictan para *categorías indeterminadas de sujetos,* y para regir cualquier situación que pueda subsumirse en el supuesto de hecho. De esta manera el Código Civil es una "norma general" que se aplican a "todos los ciudadanos"; el Código de Comercio se aplica a "todos los comerciantes", etc.

2.3.3.2 *Normas especiales y abstractas*

Frente a las normas generales encontramos *normas especiales* que, aunque luzca paradójico, son *normas abstractas.* Son "especiales" porque se trata de "categorías específicas" (ya no se trata de "todos los ciudadanos" sino a "determinadas categorías de ciudadanos": el Código Civil es "general", pero la ley de tránsito es "especial" porque se aplica a determinadas personas, sacadas de la generalidad, que conduzcan cualquier vehículo); el Código de Comercio es "general" para todos los comerciantes, pero la Ley de Comercio Marítimo es "especial", porque dentro de la generalidad de los comerciantes, aquellos que se dediquen al comercio marítimo deberán regirse por estas últimas normas. Por otro lado, estas normas "especiales" también son *abstractas,* porque no están dirigidas al señor Pedro Pérez ni a la señora Lola Flores, sino que están desvinculadas de una persona y se "aplican" cada vez que "cualquier persona" se encuentre en el supuesto de hecho contenido en la norma especial. Así, entonces puede asumirse esta definición:

> Son normas jurídicas *especiales y abstractas* todas aquellas aplicables a *determinadas categorías de personas* o a *determinados hechos* que se han sustraído del régimen general debido a su importancia para el medio social, y son *abstractas* porque tendrán aplicación cada vez que se produzca el supuesto de hecho de la norma especial con prescindencia de situaciones individuales o particulares.

[4] "Se entiende por generalidad de las normas jurídicas a la circunstancia por la cual las mismas son aplicables cada vez que cualquier persona se encuentra bajo el marco del supuesto de hecho para que se produzca la consecuencia jurídica establecida en ellas"; y "se entiende por abstracción de las normas jurídicas a la circunstancia por la cual se "aíslan" las características de los hechos humanos para establecer reglas aplicables con prescindencia de las situaciones individuales o particulares".

El Código Civil contiene *normas generales* con respecto de la Ley Orgánica de Niños y Adolescentes que tendrá *normas especiales;* el Código Penal contendrá normas generales frente a la Ley contra Delitos Informáticos que contendrá normas especiales; el Código de Procedimiento Civil contendrá *normas adjetivas generales* frente a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que contendrá *normas adjetivas especiales*. Es sumamente importante que, desde ya, se sepa que la *regla de oro,* o el *principio* que rige la relación entre las normas generales y las normas especiales será el siguiente:

> En los casos concretos se aplicará con *preferencia* las normas especiales frente a las normas generales, *sin dejar de aplicar* las normas generales cuando sea necesario y no vaya en contra de la especialidad.

Este principio es relativamente sencillo: la importancia que tiene esta clasificación está en que el operador jurídico *debe aplicar con preferencia* las normas que constituyen la *especialidad,* y podrá aplicar la norma general cuando ello sea posible y no vaya en contra de alguna disposición expresa de la normativa especial. De esta manera, en la materia de Niños y Adolescentes (normas especiales) se aplicará el Código Civil (norma general) cuando no vaya en contra de los principios, directrices y normas expresas de la ley especial.[5] En materia procesal, se aplicarán siempre las *normas adjetivas especiales* (por ejemplo, las normas adjetivas de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario) y se aplicará el Código de Procedimiento Civil, cuando no vaya en contra de los principios, directrices y normas expresas de la norma especial.[6]

2.3.3.3 *Normas individualizadas*

Al lado de las normas generales y abstractas o las normas especiales y abstractas, tenemos otra categoría de normas jurídicas que se encuentran en el tercer plano de la jerarquía normativa. Nos referimos a los negocios jurídicos, y entre ellos a los contratos; también nos referimos a la *sentencia* que dicta un juez en un caso concreto, y a los *actos administrativos* que están dirigidos a específicas personas. Estas normas gozan de una *modalidad* de "generalidad" que

[5] El artículo 14 del Código Civil dispone: "Las disposiciones especiales contenidas en los Códigos y leyes nacionales especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código en las materias que constituyan la especialidad".

[6] El artículo 22 del Código de Procedimiento Civil establece: "Las disposiciones y los procedimientos especiales del presente Código se observarán con preferencia a los generales del mismo, en todo cuanto constituya la especialidad; sin que por eso dejen de observarse en lo demás las disposiciones generales aplicables al caso".

hemos llamado *generalidad de aplicación,* y que por razones metodológicas repetiremos la definición que ofrecimos entonces:

> *Generalidad de aplicación*: Esta generalidad implica que todas las normas jurídicas son "generales", porque la *causa* o el *motivo* de existencia de la norma no se debe a una "condición especial" de un ciudadano sino por *pertenecer a una categoría de situaciones;* así, cuando un juez pronuncia una sentencia *constituye una norma jurídica* y tiene "generalidad", porque el carácter vinculante que emerge de su mandato *no se debe a que sea Pedro Pérez y Juan González, sino a toda o cualquier persona que se encuentre en la misma situación, es decir, que sean parte en un juicio en el cual se dicte cualquier sentencia.*

Con base en esta noción se dice que los negocios jurídicos (contratos, testamentos, etc.), la sentencia y los actos administrativos *son normas jurídicas individualizadas,* pudiendo ofrecerse la siguiente definición:

> Se denominan *normas jurídicas individualizadas* aquellas que sólo vinculan a determinadas personas y en casos concretos fuera de cuyos límites no tienen aplicación, y poseen una *generalidad de aplicación* en el sentido que su carácter normativo no deriva de la "condición" de las personas sino que se aplica *cada vez que cualquier persona se encuentre bajo el marco del supuesto de hecho.*

De esta manera, independientemente que el contrato vincule a Pedro con Juan, o María con Rodolfo, lo importante *no son las personas involucradas* sino *la especial relación jurídica que genera cualquier contrato;* lo mismo puede predicarse de *cualquier sentencia y cualquier acto administrativo.* Se trata de *normas jurídicas* porque son *prescripciones de conductas,* son individualizadas porque se trata de relaciones jurídicas especiales normadas en una sentencia, en un contrato o en un acto administrativo, pero siguen siendo "generales" porque las normas no existen como privilegio de alguna persona en concreto sino a cualquier persona que se encuentre en el supuesto de hecho que la norma considera necesario para la producción de la consecuencia jurídica.

2.4 *POR SU ÁMBITO DE IMPERATIVIDAD*

Una vez que hemos estudiado la *validez* de las normas jurídicas según el ámbito espacial, temporal y personal, nos corresponde clasificar las normas en atención al *grado* e *intensidad* de obligatoriedad, es decir, a la *capacidad*

de los particulares o destinatarios de las normas de modificar o variar, tácita o expresamente, el contenido del mandato contenido en tales normas jurídicas. Desde este punto de vista se habla de *imperatividad absoluta* para referirse a aquellas normas que son de *incondicional cumplimiento* sin posibilidad alguna de que los destinatarios puedan "resquebrajar" o "modificar" los términos expresados; mientras que se habla de *imperatividad relativa,* cuando, a pesar de la obligatoriedad de las normas *se deja un margen de libertad a sus destinatarios para modificar o variar tácita o expresamente sus contenidos.*

Este doble grado de imperatividad se sustenta sobre un concepto complejo del Derecho: la noción de orden público. En efecto, si las normas son de *imperatividad absoluta,* corresponde a lo que se denomina *orden público estricto o absoluto;* mientras que, si la *imperatividad es relativa,* entonces se habla de *orden público relativo o moderado.* En ambos casos, sin embargo, hay *imperatividad* y, también en ambos casos, estamos en presencia del *orden público.* La diferencia está en la posibilidad o no que tienen los destinatarios de estas normas de variar su contenido.

2.4.1 *El concepto de orden público*

Antes de precisar esta clasificación conviene señalar qué se entiende por *orden público,* pues como se aprecia, resulta un concepto indispensable para diferenciar la imperatividad. Se trata de un *concepto jurídico indeterminado,* es decir, de aquellos que el legislador *no define en ninguna norma* sino que deja al operador jurídico que determine su contenido en atención a los *valores, principios y directrices* que rigen en la sociedad en un momento histórico determinado. Siendo ello así, el concepto de orden público depende de cada país o nación y depende de las *creencias, valores y principios* de cada colectividad en un momento histórico preciso, y en consecuencia puede "variar" con el tiempo. Precisamente porque su "contenido" puede variar es que se deja al operador jurídico que sepa "traducir" esas creencias y valores en el momento en que le toque aplicar el concepto.

> Se entiende por *orden público* al conjunto de principios, creencias, valores y directrices que la sociedad y el Estado consideran "indispensables" para su existencia y desarrollo. Esto se traduce en un conjunto de *normas, instituciones y principios* necesarios para lograr los fines del Estado y la pervivencia de la sociedad.

Siendo ello así, en nuestro medio social, por ejemplo, es impensable el "matrimonio entre personas del mismo sexo", no sólo porque el Derecho positivo lo consagra sino porque, dentro de los valores del pueblo venezolano, está la creencia en la familia heterosexual como célula fundamental de la sociedad. El matrimonio es una *institución de orden público.* Otro ejemplo: en nuestra sociedad es jurídicamente impensable que los ciudadanos puedan "crear" impuestos generales a las demás personas, porque la materia de impuestos y tributos es una situación que le interesa al Estado para su propia pervivencia. Nadie puede ser "condenado" en un juicio sin haber tenido la "oportunidad" de haber sido oído, por lo cual *la citación a los juicios es una norma de orden público.* Cuando el orden público *es reflejado en normas jurídicas,* entonces estamos en presencia de "normas de orden público", cuya característica central es que los ciudadanos no pueden relajar ni modificar. Nuestra jurisprudencia ha fijado este concepto en los siguientes términos:

> Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil: *Sentencia Nº 135 de 22 de mayo de 2001*: El orden público representa una noción que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exijan observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada. La indicación de estos signos característicos del concepto de orden público, esto es, la necesidad de la observancia incondicional de sus normas, y su consiguiente indisponibilidad por los particulares, permite descubrir con razonable margen de acierto, cuándo se está o no en el caso de infracción de una norma de orden público.

Repárese que el concepto básico que maneja la Sala para identificar el orden público es el *interés público,* esto es, el interés de toda la sociedad, y esa es la razón para indicar su característica más importante: la observancia incondicional y la inderogabilidad por parte de los ciudadanos.

> Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional: *Sentencia Nº 2201 de 16 de septiembre de 2002*: El orden público está integrado por todas aquellas normas de interés público, que son de cumplimiento incondicional, que no pueden ser derogadas por las partes y, en las cuales el interés general de la sociedad y del estado supedita el interés particular, para la protección de ciertas instituciones que tienen elevada importancia para el mantenimiento de la seguridad jurídica, tales como la oportunidad para la contestación de la demanda, la apertura del lapso probatorio, y la preclusión de los actos procesales, entre otras.

Dentro de esta noción de orden público, sin embargo, pueden distinguirse dos nociones: el *orden público absoluto,* y el *orden público relativo.* En el primero no hay posibilidad alguna de modificación o alternación por los destinatarios, mientras que, en el segundo, va a depender de "alguna situación" que "relativiza" la imperatividad de las normas.

2.4.2 *Normas de orden público absoluto (ius cogens)*

> Se entiende por *normas de orden público absoluto* aquellas en las cuales el interés público constituye la esencia de su disposición y, en consecuencia, es la existencia y subsistencia del Estado y la sociedad lo que está en juego, razón por la cual se establece la absoluta inderogabilidad por los destinatarios y el incondicional cumplimiento por parte de éstos.

Son normas *radicalmente obligatorias,* lo que se traduce como normas de *ius cogens,* para mostrar el carácter de indisponibilidad e inderogabilidad de tales normas.

2.4.3 *Normas de orden público relativo*

> Se denominan *normas de orden público relativo* cuando la obligatoriedad de la norma puede ser variada o modificada por voluntad de los destinatarios siempre que se cumplan las condiciones requeridas por la ley.

Así, las normas que regulan la *competencia procesal* por el territorio es *derogable* por los particulares, los cuales pueden "decidir" que su conflicto o controversia sea conocido por los tribunales de un Estado u otro; en cambio, la competencia procesal por la *materia,* es absolutamente inderogable, porque un juez con competencia penal no pudiera decidir una controversia laboral o agraria. El primer ejemplo son normas de orden público "relativo", mientras que en el segundo ejemplo, se trata de un orden público "absoluto". Repárese que la diferencia esencial está en la posibilidad o no de que los destinatarios de las normas puedan "variar" o "modificar" su contenido.

2.5 *POR LA AUTORIDAD NORMATIVA*

Para que "exista" una norma jurídica deber ser "creada" por una *autoridad;* cualquiera pudiera pensar que "autoridad" es "poder" o "manifestación del Estado". Ciertamente es así. Lo que ocurre es que esa "autoridad" no sólo puede estar representada por los órganos del Estado sino por "otros entes". Si

la autoridad está representada por algún ente u órgano estatal, es porque existe "otra norma" jurídica que le atribuyó la "competencia". En cambio, cuando se trata de otros entes, significa un *ejercicio propio y derivado de la soberanía o autonomía de la voluntad.* Según dijimos, a la persona a la cual se le atribuye la *capacidad* o *competencia* para crear normas jurídicas se denomina "autoridad", lo cual se refiere a aquel ente el cual una norma de reconocimiento o secundaria le haya dado legitimidad o posibilidad de crear tales normas jurídicas, encontrando esta última su fundamento en la soberanía de la colectividad. De esta manera, las normas pueden tener un *origen estatal* si son formalizadas a través de los mecanismos de expresión del Poder Público en cualquiera de sus ramas; las normas pueden también tener un *origen social,* es decir, la "autoridad" o "instancia legitimadora" es la misma colectividad actuando colectivamente (costumbre jurídica) o de manera individual. Fijemos conceptualmente ambas categorías:

2.5.1 *Normas de origen estatal*

> Son *normas de origen estatal* todas aquellas normas jurídicas contenidas en los actos formales de expresión de las distintas ramas del Poder Público, en ejercicio de la competencia que fijan la Constitución y la ley.

Como sabemos, la Constitución establece la existencia de diversos órganos que ejercen el "poder" o la "autoridad pública", esos órganos se denominan en conjunto el "Poder Público", y la potestad de actuar en concreto frente a los demás órganos del Estado y frente a los particulares se llama "competencia" que también está establecida en la Constitución o en la ley. Pues bien, cuando esa "competencia" se ejerce para dictar *normas generales de conducta* estamos en presencia de la *competencia o autoridad normativa*. En concreto, la *competencia normativa* es ejercida por el Poder Legislativo, Ejecutivo, Electoral y Judicial, y a cada uno de ellos le corresponde un instrumento jurídico a través del cual tal competencia se manifiesta.

2.5.1.1 *Normas del Poder Legislativo*

> La *capacidad normativa* del Poder Legislativo se expresa mediante la sanción, promulgación y publicación de las leyes y otros actos normativos sin forma de ley, y le corresponde al Poder Legislativo Nacional (Asamblea Nacional), Poder Legislativo Estadal (Consejo Legislativo estadual) y Poder Legislativo Municipal (Consejo Legislativo Municipal).

Desde luego que el *acto normativo* por excelencia de la rama del Poder Legislativo es la ley, que es el instrumento sancionado por cada órgano actuando como cuerpo legislador en los tres niveles político-territoriales; pero, al lado, se encuentran también los llamados *actos parlamentarios sin forma de ley,* los cuales pueden tener carácter "normativo", pero no siguen el procedimiento establecido para la creación de leyes. Refiriéndonos a esta situación puede sintetizarse de la siguiente manera: la Asamblea Nacional sanciona *leyes nacionales;* los Consejos Legislativos Estaduales dictan *leyes estaduales,* y los Consejos Legislativos municipales sancionan *ordenanzas municipales.* Debemos reiterar que entre estas diversas leyes (nacionales, estaduales y municipales) no existe jerarquía ni rango de importancia, porque cada órgano del Poder Público ejerce una *competencia exclusiva* y en ejecución directa de la Constitución. Esa es la razón por la cual si una Ordenanza municipal quebranta lo establecido en una ley nacional el *vicio de nulidad* no es la "ilegalidad" de la Ordenanza sino su "inconstitucionalidad" por usurpación de la función legislativa nacional, y la misma situación se daría si la ley nacional quebranta lo establecido en una Ordenanza.

2.5.1.2 *Normas del Poder Ejecutivo*

> La *capacidad normativa* del Poder Ejecutivo se expresa mediante la aprobación y publicación de Decretos-Leyes (en ejecución de la Ley Habilitante), los reglamentos de leyes (sujeto al espíritu, propósito y razón de la ley reglamentada), actos administrativos particulares (normas jurídicas individualizadas), y demás actos de Estado.

La rama ejecutiva del Poder Público dicta normas jurídicas contenidas en diversos instrumentos: si las normas están contenidas en Decretos-Leyes tienen el mismo rango y jerarquía de una ley nacional; si las normas están contenidas en los Reglamentos de leyes tienen *rango sublegal* y están sujetas al espíritu, propósito y razón de la ley, y pueden estar contenidas también en los actos administrativo y actos de Estado, como sería la designación de funcionarios, la ratificación de los Tratados con otros países, etc.

2.5.1.3 *Normas del Poder Electoral*

> La *capacidad normativa* del Poder Electoral se expresa mediante promulgación y publicación de las *normas electorales* y los reglamentos de leyes electorales, en ejercicio de la competencia exclusiva postulada en la Constitución.

Ciertamente, la rama electoral del Poder Público tiene *competencia normativa,* en concreto, la posibilidad de dictar *normas que regulan los procesos eleccionarios,* y los reglamentos de las leyes electorales, tal como lo dispone el artículo 293.1 de la Constitución, el cual dispone: *El Poder Electoral tiene por funciones: 1. Reglamentar las leyes electorales y resolver las dudas y vacíos que éstas susciten o contengan*. Como sabemos, el Poder Electoral se ejerce por el Consejo Nacional Electoral como ente rector y sus organismos subordinados.

2.5.1.4 *Normas del Poder Judicial o jurisprudencia normativa*

> La *capacidad normativa* del Poder Judicial se expresa de manera general y ordinaria a través de sus *sentencias,* las cuales constituyen "ley entre las partes" vinculadas en los procesos judiciales, y *excepcionalmente* pueden dictar *normas generales de conducta* en los supuestos de omisiones legislativas e inconstitucionalidad de las leyes.

Las sentencias son, efectivamente, *normas jurídicas individualizadas,* en el sentido de que "rigen" la conducta de las personas que han sido "parte" en un proceso judicial, tiene una "fuerza vinculante" (jurisprudencia como *dictum*) en cada caso concreto. Esta es una cualidad de *cualquier sentencia* y en consecuencia todos los tribunales dictan sentencia con estas características. Al lado de esta potestad general de todos los jueces, se ha establecido una *potestad excepcional* y exclusiva de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en ejercicio de la llamada *justicia constitucional,* mediante la cual esta Sala puede *dictar normas generales de conducta,* de manera "provisional" hasta tanto el órgano competente dicte las normas definitivas. Esta potestad se conoce con el nombre de "jurisdicción o jurisprudencia normativa" y se ejerce en los supuestos de omisión legislativa, falta de desarrollo legislativo de derechos fundamentales, los casos de nulidad de las leyes preconstitucionales, etc.

2.5.2 *Normas de origen social*

Hasta ahora hemos analizado las *normas de origen estatal,* es decir, aquellas cuya *autoridad normativa* se ejerce por los órganos del Poder Público del Estado. Nos corresponde, en este epígrafe, analizar las *normas jurídicas* de origen social, esto es, aquellas en las cuales la "autoridad" normativa deriva *directamente* del pueblo o de los ciudadanos, colectiva o individualmente considerados. Esto se debe a que *todo el ordenamiento jurídico* tiene su *fuente legitimadora* en la soberanía popular. Cuando el Estado dicta normas jurídicas a través de sus distintos instrumentos (leyes, reglamentos, actos, etc.) no hacen más que "ejecutar" la voluntad del pueblo expresada en la Constitución.

Por otro lado, esa *soberanía* puede expresarse a través de otros mecanismos: así, por ejemplo, la misma sociedad puede construir "normas jurídicas" a través de la costumbre, la cual tiene un origen social, pero "indeterminado", sin embargo, los ciudadanos pueden también crear normas jurídicas individualizadas a través de sus negocios jurídicos.

2.5.2.1 *Normas jurídicas de origen social indeterminado: La costumbre*

> Son *normas jurídicas de origen social indeterminado* la repetición constante y permanente de determinados hechos, por un conglomerado indeterminado de personas con la convicción de que tal comportamiento es jurídicamente obligatorio, lo cual da origen a la *costumbre jurídica.*

La costumbre jurídica es entonces *fuente de Derecho,* normas jurídicas generales derivadas de la voluntad de la sociedad, voluntad que se expresa mediante la repetición de determinados comportamientos que la sociedad misma considera de necesaria observancia, esto es, con la convicción de que tal comportamiento es *jurídicamente exigible y obligatorio.* Repárese que se trata de *normas jurídicas* que emanan no del Estado sino de la misma sociedad; en segundo lugar, tiene un origen "indeterminado", porque no se sabe cómo ni quién es el autor de tal modo de comportamiento; simplemente, los miembros de un colectivo social se "comportan" de determinada manera, en forma reiterada, pública, no contradictoria, y de manera constante, siendo que –además– la sociedad considera que esas "normas" son jurídicamente relevantes y obligatorias.

2.5.2.2 *Normas de origen social determinado: Los negocios jurídicos*

Recordemos que existen *normas jurídicas individualizadas,* las cuales vinculan a determinadas personas y en casos concretos fuera de cuyos límites no tienen aplicación, y poseen una generalidad de aplicación en el sentido que su carácter normativo no deriva de la "condición" de las personas, sino que se aplica cada vez que cualquier persona se encuentre bajo el marco del supuesto de hecho. Este también es el campo de las *normas jurídicas de origen social determinado,* porque la "autoridad normativa" está expresamente fijada.

> Son *normas jurídicas de origen social determinado* la voluntad especial y expresamente formalizada en los "acuerdos" entre las personas para hacer nacer, extinguir, modificar sus relaciones jurídicas.

La vida en colectivo se desenvuelve en una constante y permanente "relación" social y jurídica, desde que nos subimos a un taxi y se entiende que estamos

dispuestos a pagar el precio por un servicio; desde que entramos a una peluquería y se entiende que deseamos que nos corten el pelo, por lo cual pagaremos el precio; desde que estudiamos en una Universidad y estamos dispuesto a observar una "conducta universitaria". Toda la vida en colectivo es un constante flujo y reflujo de relaciones y situaciones jurídicas. Es, en este campo, donde germinan los *acuerdos de voluntades* entre dos o más personas para producir determinados "efectos", a lo cual se denomina, técnicamente, *negocios jurídicos.*

Dentro de estos "acuerdos de voluntad" o "negocios" –en sentido general– los más importantes son los contratos, y otros acuerdos para regular el comportamiento de las personas vinculadas por un hecho con trascendencia jurídica. Cuando hay un "contrato de arrendamiento" las partes de ese negocio determinan sus obligaciones, deberes, facultades, tiempo de cumplimiento, efectos, etc.; pero también se produce esta situación cuando compramos un apartamento y existe una "propiedad horizontal" en la cual la autoridad es la "junta de condominio", o sencillamente cuando participamos como miembros de una sociedad mercantil o civil, y sabemos que existen determinadas normas a las cuales se sujetan los miembros para lograr los fines de la sociedad. En todos estos casos, estamos en presencia de *normas jurídicas individualizadas* de origen social (por oposición al origen estatal) pero de carácter "determinado", porque se sabe con exactitud los autores y los destinatarios de tales normas jurídicas.

2.5.2.3 *Normas de origen unilateral y eficacia condicionada: El testamento y la donación*

Dentro del campo de los *negocios jurídicos* existen algunos que tienen un origen bilateral (como el arrendamiento, la compraventa, etc.) y de eficacia plena para todos los que participan en el contrato; pero, hay otros negocios jurídicos donde la *voluntad* es *unilateral* y su eficacia está "condicionada" a que el destinatario de la norma, lo acepte y lo acate.

> Son *normas jurídicas de origen unilateral y eficacia condicionada,* aquellos negocios jurídicos en los cuales su existencia depende de la voluntad de una sola persona, pero su "eficacia" depende de la voluntad de las demás personas vinculadas con el negocio.

Los ejemplos más claros de esta clase de normas jurídicas son el testamento y, por otro lado, el contrato de donación; en el primero, los testamentos, dependen para su validez y existencia que una persona llamada "testador" decida repartir sus bienes disponibles en caso de fallecimiento, y es posible

que se designe a un heredero o legatario (respetando algunas previsiones normativas establecidas en el Código Civil); ahora bien, para que el testamento pueda tener "eficacia" (para que se cumpla de manera real y concreta) este heredero o legatario *debe prestar su consentimiento,* en caso contrario, el testamento pierde eficacia. De igual modo sucede con la donación: este es un negocio jurídico mediante el cual, el donante, de manera unilateral dispone "regalar", "dar gratuitamente" un bien determinado a otra persona; el contrato es válido porque sólo se requiere la voluntad del donante, pero *su eficacia está condicionada a que la persona donataria manifieste su voluntad y conformidad.* En ambos casos, las normas jurídicas contenidas en el testamento y la donación tienen un origen "unilateral", pero su eficacia *está condicionada* a la manifestación de voluntad de las demás personas que están vinculadas por el negocio jurídico.

2.6 *POR LA PRESENCIA DE LA SANCIÓN*

La *libertad* del hombre se mueve en el campo del *hacer* y en el campo del *obrar,* en ambos casos cuando ese hacer y ese obrar se encuentran en el *supuesto de hecho* de una norma jurídica, se deriva *inmediatamente* una "consecuencia". Esta consecuencia puede comportar una "sanción" o no, es decir, la sanción no es un elemento esencial a las normas, pero cuando se establece, entonces el sujeto queda compelido a soportar la consecuencia sancionatoria. No se piense que la sanción es únicamente *física* sino que puede ser de cualquier otra índole adversa a los intereses de los sujetos. De esta manera, cuando la norma dispone la "nulidad" de lo actuado en contravención a la norma, estamos en presencia de una sanción; cuando el sujeto debe pagar una multa o una cantidad de dinero, también estamos en presencia de una sanción.

Esta clasificación de normas jurídicas depende a la presencia de la *sanción* en la estructura de la norma, y también relativa a la *naturaleza* de esa sanción: esto es, la sanción por quebrantar la conducta ordenada en la norma, puede generar como sanción la "inexistencia" del acto que sería una *sanción anulatoria;* a la par de esta sanción, puede disponerse que, además, el infractor pague una cantidad de dinero. De esta manera, las normas pueden ser: a) de estructura perfecta; b) de estructura imperfecta; c) normas *plus quam pertectae*, y d) normas *minus quam perfectae*. Procuraremos explicar cada una de estas variables y mostrar un ejemplo concreto suscitado en el Tribunal Supremo de Justicia.

2.6.1 *Normas de estructura perfecta*

> Son *normas jurídicas perfectas,* aquellas en cuya estructura se prevé no sólo la conducta prescrita sino también la consecuencia expresa por su contravención consistente en la *nulidad o inexistencia* del acto en contra de la norma o la sanción a su autor.

La característica central de este tipo de normas jurídicas es que en su *estructura* se prevé el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, pero esta última, contiene la sanción de *inexistencia o nulidad* de los actos contrarios a la norma. Muchos autores, copiando a Calvani, colocan como ejemplo, lo previsto en el artículo 1.481 del Código Civil, según el cual la venta es nula si se produce entre marido y mujer; de igual modo, la *inexistencia del matrimonio* celebrado entre personas del mismo sexo que se desprende del artículo 44 *eiusdem*. Otro ejemplo de esta situación está en el artículo 600 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone como "consecuencia jurídica" del supuesto de hecho constituido por la prohibición de enajenar y gravar que "se considerarán radicalmente nulas y sin efecto la enajenación o gravamen que se hubieren protocolizado después de decretada".

La noción de normas "perfectas", no sólo se refiere a que se establezca la consecuencia de *nulidad* del acto realizado, sino *cada vez que la consecuencia jurídica se encuentre claramente establecida,* sea que se establezca: 1) La nulidad del acto realizado en contra de la norma; o 2) La sanción al autor del acto antijurídico. En consecuencia, la norma contenida en el artículo 1.185 que dispone que, quien cause un daño a otro *debe repararlo* es una *norma perfecta;* como lo es también, la previsión de que quien cause intencionalmente la muerte a otro *será sancionado con pena de prisión,* también es una norma perfecta. En definitiva, lo que hace que estemos en presencia de normas perfectas es que se sepa con claridad cuál es la consecuencia perniciosa o perjudicial para el acto mismo que es contrario, o para la persona que es autor del acto contrario a la norma. En el primer caso se habla de *nulidad o inexistencia,* mientras que en el segundo es cualquier consecuencia adversa que el autor del acto contrario deba padecer.

2.6.2 *Normas imperfectas*

> Son *normas jurídicas imperfectas* aquellas en cuya estructura no existe sanción alguna en caso de violación; en este caso la *norma es válida* y el acto que se haga en contra de la norma *no tiene establecido ningún tipo de sanción.*

En contraposición a las normas anteriores (denominadas "perfectas) tenemos –por argumento *ad contrarium sensu*– "imperfectas", en las cuales no se establece ningún tipo de consecuencia adversa sobre el acto contrario a la norma ni sobre el autor del acto contrario. Resulta extraño encontrar este tipo de normas en el ordenamiento jurídico, porque se ha reputado como contrario a la tutela judicial efectiva, nuestra jurisprudencia ha señalado cosas como éstas:

> Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional: *Sentencia Nº 3079 de 4 de noviembre de 2003* (caso Julio Álvarez Morgado, exp. 03-1959), voto salvado del Doctor Jesús Eduardo Cabrera: A juicio del disidente, la justicia efectiva, reconocida en el artículo 26 constitucional, sólo existe cuando la norma jurídica que impone conductas a las personas, crea a su vez sanciones y responsabilidades para el caso que la conducta no se cumpla. *La existencia de normas que imponen conductas, pero que carecen de sanciones ante su incumplimiento, genera normas imperfectas que atentan contra la justicia efectiva y, que no hay posibilidad de hacerlas cumplir*.

A la luz de este criterio, establecido por un magistrado en un voto salvado, puede colegirse que la existencia de normas imperfectas tiene como elemento negativo para la tutela judicial efectiva el hecho de que "no hay posibilidad de hacerlas cumplir". En otra sentencia,

> Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional: *Sentencia Nº rn-04 de 21 de agosto de 2003* (José Rodríguez García *vs* Vittorio Piaccentini Pupparo, exp. 02-341): El Reglamento de Notarías vigente para el momento de otorgarse el documento impugnado, en su artículo 18 letra H, ya transcrito, prohibía a los Notarios ejercer las funciones de su cargo fuera de la jurisdicción especial que le haya sido atribuida, pero a renglón seguido disponía que los contratos o actos realizados en contravención al presente literal, tendrán plena validez, pero implicaría sanciones para el Notario Público infractor. Es decir, que se imponía una forma de conducta para el funcionario, pero su incumplimiento no privó nunca al contrato o acto realizado de su autenticidad. El hecho de que el Notario actuara fuera de su jurisdicción no significaba que se dejara de tener certeza legal del acto realizado y quienes los autores del instrumento. *Dicha norma, entonces, es una de aquellas que se conoce en doctrina como imperfecta, en cuanto a la sanción, desde luego que señala una conducta a seguir, pero su incumplimiento no acarrea la consecuencia de la nulidad del acto*.

En esta sentencia el énfasis está puesto en que la norma es "imperfecta", cuando, a pesar de establecer una conducta a seguir, su incumplimiento –sin embargo– no genera ninguna consecuencia de nulidad del acto.

2.6.3 *Normas **plus quam perfectae***

> Son *normas plus quam perfectae* aquellas en las cuales la sanción consiste en la *nulidad* del acto contrario a la norma o la reparación en caso de ser reversible la situación, y además, se establece una sanción pecuniaria o un castigo al transgresor.

En esta clase de normas, se asemeja a las normas "perfectas", porque de manera expresa establece la consecuencia sobre el acto realizado en contra de la norma (puede consistir en la *nulidad* del acto o la reparación de la situación infringida) pero *al mismo tiempo se establece una sanción pecuniaria sobre el autor del acto contrario*. Tal es el caso, según Olaso y Casal, en los accidentes de tránsito donde se impone la reparación y la sanción pecuniaria; el ejemplo invocado del artículo 600 del Código de Procedimiento Civil, no sólo establece la sanción de nulidad del acto sino la responsabilidad pecuniaria del Registrador que haya transgredido la norma. Este tipo de normas se ven claramente en todos los supuestos, como el tributario, en el cual se establece la reparación de la conducta ilícita y además otras penas accesorias como el decomiso o incautación.

2.6.4 *Normas **minus quam perfectae***

> Son *normas minus quam perfectae* aquellas en las cuales el acto contrario a la norma *no es nulo sino que surte todos sus efectos,* pero el autor debe sufrir una sanción determinada.

A diferencia del tipo anterior, en las normas *minus quam perfectae* el acto "contrario a la norma" no pierde validez, ya que éste surte todos sus efectos, pero el autor del acto contrario a la norma debe padecer una sanción específica que la propia norma dispone. Según Calvani, un buen ejemplo se da en las conductas que violan la Ley de Timbres Fiscales, pues el acto no pierde su validez legal, pero se impone multas a quien haya quebrantado sus disposiciones; Casal y Olaso colocan como ejemplo el sistema de sanciones previsto en el artículo 131 del Código Civil en lo que concierne a los artículos 53, 58 y 59 *eiusdem*.

3. LAS FUENTES INTERNACIONALES DEL DERECHO

Son diferentes las "fuentes internacionales" de las "fuentes supranacionales" del Derecho: las primeras tienen que ver con la *regulación jurídica en forma*

de normas o principios que emanan directamente de los Estados miembros de un tratado, en cambio, las "fuentes supranacionales" emanan de "entes" o "instituciones" creadas por los Estados, a través de tratados internacionales, pero con autonomía y con personalidad jurídica diferente a cada Estado miembro. En este último supuesto, los Estados celebran un "tratado internacional" con la idea de crear "mecanismos de integración comunitaria", y dentro de tales mecanismos está la creación de entes autónomos que serán los encargados de "crear" el ordenamiento jurídico supranacional o comunitario. Volviendo al tema del Derecho internacional, debe precisarse que la "forma" o el "instrumento jurídico" a través del cual se expresarán los "contenidos jurídicos" (reglas, normas, principios y directrices) es a través de los *tratados internacionales* y otros mecanismos análogos en sus efectos, tales como las "convenciones", "pactos", "acuerdos", "convenios", "declaraciones", etc.

3.1 *LOS TRATADOS INTERNACIONALES*

Los Estados pueden celebrar "acuerdos" o "convenios" para regular la conducta de cada Estado en áreas específicas, esta es la "naturaleza" de los tratados: *voluntad de cada Estado que coincide con la voluntad de otros Estados para regular sus relaciones* o *para establecer normas y principios aplicables a los ciudadanos*. Desde luego que la noción de "tratado" puede emplearse en sentido amplio o restringido; en el primer caso, se entiende por tratado "todo acuerdo celebrado por los miembros de la comunidad internacional", sin embargo, esta noción tiende a confundirse con las "declaraciones" o simples acuerdos que no llegan al "grado" de un tratado ni tienen la misma fuerza vinculante. Por ello, la noción de tratado debe establecerse en sentido restringido como *voluntad coincidente de los Estados para crear instrumentos jurídicos.*

3.1.1 *Definición y caracteres*

> Se entiende por *tratados internacionales* aquellos acuerdos de voluntad solemnemente manifestada entre dos o más sujetos de Derecho Internacional Público (sea entre Estados y demás organismos internacionales como la ONU, OEA, OIT, etc.) para regular cualquier contenido de interés para las partes, y *siguiendo un procedimiento obligatorio de aprobación, suscripción y ratificación* por cada una de sus partes signatarias.

Esta definición nos permite establecer *grosso modo* los caracteres más generales y los límites de tales tratados, a saber:

a) *El tratado es un acuerdo de voluntad*: En efecto, sabido es que en la comunidad jurídica internacional cuando se reconoce "personalidad jurídica" a un Estado o una organización internacional, se le dota de "autonomía" y de la aptitud suficiente para ser titular de derechos y obligaciones de carácter internacional; de igual modo, esa "voluntad" expresada por el Estado hace que se puedan crear "contenidos jurídicos" (reglas, normas, principios y directrices) aplicables directamente a los ciudadanos de cada Estado signatario;

b) *El tratado implica una voluntad solemnemente manifestada*: La fuerza "vinculante" y "obligatoria" de los tratados deriva de la solemnidad en su creación, es decir, no se trata de un "hecho involuntario", ni de una voluntad supuesta, sino una *clara intención de cada Estado signatario de crear verdaderos instrumentos jurídicos*, de allí que se requiera ciertas solemnidades como la convocatoria, la negociación o deliberación, la firma, aprobación y ratificación;

c) *El tratado se celebra entre sujetos de Derecho internacional público*: En efecto, como se trata de un acto jurídico solemne, el tratado debe contar con la presencia de al menos un Estado con otros Estados y "otros organismos internacionales", como la Organización de Estados Americanos, la Organización de las Naciones Unidas, la Santa Sede, la Organización Internacional del Trabajo, etc.;

d) *El tratado puede versar sobre cualquier contenido de interés para las partes*: Ciertamente no hay una "limitación" objetiva o material sobre la cual deba recaer el tratado, por el contrario, estos instrumentos jurídicos pueden versar sobre cualquier materia, de mayor o menor importancia, de menor o mayor complejidad, lo importante es que sea de "interés común" para las partes del tratado (pueden regularse desde el uso de armas químicas hasta la doble tributación; desde los derechos humanos hasta la creación de instancias supranacionales, etc.);

e) *El tratado debe cumplir con un procedimiento formal de creación*: Como antes se indicó, el tratado es un *acto jurídico formal* de carácter solemne, de tal manera que cada Estado debe cumplir con unas etapas necesarias para otorgarle vigencia y eficacia a tales tratados, procedimiento que va desde la negociación hasta la ratificación.

En sentido amplio –dice Lares Martínez – se entiende por tratado todo acuerdo celebrado entre miembros de la comunidad internacional, cualesquiera sea la

forma que revista y la importancia de los compromisos que contenga, y agrega que, en la Constitución venezolana, al hacer referencia a las convenciones internacionales se abarcan las diferentes especies que pueden presentarse con la siguiente expresión "tratados, convenios o acuerdos internacionales" (Lares Martínez: 2001,[12] p. 71).

3.1.2 *Clasificación*

Como se dijo, en la cátedra de Derecho internacional público se analizará con más detenimiento lo relativo a los tratados, en lo que a nosotros respecta y a los solos fines introductorios, podemos constatar que los tratados pueden presentarse con las siguientes modalidades:

> 1) Tratados bilaterales o multilaterales: En atención al número de Estados u organizaciones internacionales involucradas;
>
> 2) Tratados-contratos y tratados-normativos: Los primeros –dice Lares Martínez– son aquellos que tienen por objeto la realización de un negocio jurídico; son actos de carácter objetivo que engendran obligaciones recíprocas a cargo de los Estados contratantes, pero no crean derechos subjetivos a favor de los gobernados; los *tratados normativos* tienen por objeto el establecimiento de normas de conducta aplicables directamente a los ciudadanos de cada Estado contratante;
>
> 3) Los tratados ordinarios de relaciones internacionales y los tratados extraordinarios sobre derechos humanos: Esta distinción se fundamenta en la jerarquía que ofrece cada uno, pues mientras los primeros constituyen las relaciones propias y normales en la vida internacional, los segundos, ofrecen la característica de versar sobre derechos humanos y, a tenor de las respectivas normas de reconocimiento, los primeros tienen *jerarquía legal,* mientras que los segundos tienen *jerarquía constitucional.*

Esta última visión de los tratados internacionales es la que nos interesa por su influencia en el tema de las fuentes del Derecho.

3.1.2.1 *Los tratados ordinarios de Derecho internacional público*

3.1.2.1.1 *Fundamentos teóricos*

Este tipo de tratados deriva de dos condiciones básicas: a) la soberanía que acompaña a todo Estado, esto es, la autodeterminación y la no injerencia de los

otros Estados en sus asuntos internos; y b) la personalidad jurídica de los Estados. Se entiende que cuando "nace" o se constituye un Estado con *población, territorio* y *gobierno* "debe ser" reconocido por la comunidad internacional como un "par" o como un "igual", es decir, se le dota de *personalidad jurídica* por la cual adquiere la *aptitud de asumir obligaciones y deberes y ejercer derechos y facultades en el ámbito internacional.* Junto con el reconocimiento de la personalidad jurídica es implícito el hecho de la soberanía, por lo cual cada país determina su legislación interna, administra sus recursos en función de las necesidades de sus ciudadanos, y ejerce el monopolio de "aplicar" el ordenamiento jurídico sobre todos sus habitantes.

Esta soberanía implica dos principios básicos: a) la libre y autónoma determinación política, y b) la no injerencia de los demás Estados en sus decisiones internas. Sobre estas consideraciones, nuestra Constitución inicia la sección correspondiente a las "relaciones internacionales" con el establecimiento de los "principios" que deben regir tales relaciones: independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, así como la solución pacífica de los conflictos, el respeto de los derechos humanos y la solidaridad entre los pueblos de la tierra. En tal sentido se dispone:

> Artículo 152. Las relaciones internacionales de la República responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo; ellas se rigen por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad. La República mantendrá la más firme y decidida defensa de estos principios y de la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales.

Ahora bien, en virtud de esa "soberanía" y la "personalidad jurídica" propia de cada Estado, pueden asumir *obligaciones* y *facultades* en el campo internacional con otros Estados y las organizaciones internacionales a las cuales se les reconoce, igualmente, personalidad jurídica. De aquí nacen los tratados. Se trata de "acuerdos", "pactos" y "convenciones", donde el rasgo común es el *acuerdo de voluntad entre dos o más Estados,* o *entre uno o más Estados y una organización internacional*, y en virtud de este acuerdo se establecen obligaciones y facultades cuyo titular es cada Estado.

3.1.2.1.2 *Definición*

> Se entiende por *tratados ordinarios de Derecho internacional público* a todos los acuerdos que puede realizar el Estado en función de su soberanía y el ejercicio de su personalidad jurídica internacional, en virtud de la cual se llevan adelante las relaciones bilaterales o multilaterales con los demás Estados u otras organizaciones internacionales, asumiendo derechos y obligaciones regidas por las normas y principios de Derecho internacional público.

Los tratados entran en vigencia de la manera en que cada instrumento lo disponga, pero lo normal es que se fije como parámetro un número determinado de ratificaciones o de Estados que realicen la "ratificación", para lo cual deberán cumplir, previamente, lo que disponga su ordenamiento interno. De modo que estos *tratados ordinarios* entran al ordenamiento jurídico de cada Estado signatario de la forma en que las constituciones de cada país lo establezcan, pues, no hay uniformidad en el tratamiento. En lo que concierne a Venezuela, los tratados celebrados por Venezuela deben contar con la "aprobación" del órgano legislativo nacional, esto es, la Asamblea Nacional, sin lo cual no puede el Presidente de la República realizar la "ratificación".

3.1.2.1.3 *Rango legal (ley aprobatoria)*

De modo que los tratados ordinarios entran al ordenamiento jurídico mediante una "ley especial aprobatoria" que dicta la Asamblea Nacional, con la característica central de que el órgano legislativo no puede "modificar" los términos del tratado y su actividad se reduce a aprobar o no el texto del tratado. Nuestra *norma de reconocimiento* está prevista en el artículo 154 de la Constitución según la cual:

> Artículo 154. Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional.

Esta norma establece tres excepciones a la "directriz", según la cual los tratados deben ser aprobados por la Asamblea Nacional: a) cuando se trata de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República; b) aplicar los *princi-*

pios reconocidos por la República en el campo internacional, y c) cuando se trate de facultades expresas que la ley le atribuya al Ejecutivo Nacional. En los demás casos se requiere la aprobación por "ley especial", lo cual implica que dentro de la categoría de las fuentes no existen dudas de que los tratados *tienen jerarquía legal,* es decir, en el mismo rango que las leyes que emanan de la Asamblea Nacional. De esta consideración se desprenden dos consecuencias:

> a) *Especialidad*: Los tratados, en tanto que son "leyes" tienen un carácter "especial" y, en consecuencia, prevalecen sobre el ordenamiento interno en el ámbito material de su regulación, pues, como se recordará *las leyes especiales privan sobre las generales en el campo de la especialidad*; y
>
> b) *Temporalidad*: También es aplicable la máxima según la cual *la ley posterior priva sobre la anterior,* es decir, que los tratados desde el mismo momento en que son aprobados por la Asamblea Nacional son *leyes* que prevalecen sobre otras leyes existentes con anterioridad.

3.1.2.2 *Los tratados sobre el Derecho internacional de los derechos humanos*

Dentro del marco de estos tratados y sobre la misma estructura analizada anteriormente, se encuentra una "clase" especial en virtud de su *contenido,* pues difieren de los anteriores por dos notas: a) carácter normativo (en el sentido que son *contratos-norma* al establecer normas generales de conducta aplicables a todos los ciudadanos de los Estados signatarios), y b) carácter preeminente y rango constitucional. Nos referimos a los tratados, convenciones o pactos sobre derechos humanos, los cuales por su preeminencia requieren de unas consideraciones más extensas.

3.2 *LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS*

Los derechos humanos se conocen también como *derechos naturales, derechos fundamentales, libertades básicas, etc.,* se trata de una categoría de derechos que le pertenecen a la persona *por su sola consideración de persona,* sobre la base de la *naturaleza humana* o su *humanidad,* por encima de las prescripciones de Derecho positivo y con anterioridad y superioridad al Estado. Precisamente como los derechos humanos son "anteriores" y "superiores" a toda organización positiva (el Estado y el Derecho positivo) no requieren de un "reconocimiento", sino que están implícitos en la mera condición humana, tal como, además, lo postula el artículo 22 constitucional; esto explica que un "tratado" sobre derechos humanos celebrado por la República tiene *aplica-*

ción inmediata y preferente sobre el ordenamiento jurídico interno, es decir, *no requieren de la previa aprobación por parte del órgano legislativo,* sino que se le reconoce *rango y jerarquía constitucional.* Esta consideración tampoco es unánime en el contexto internacional, algunos países exigen que cuando un tratado "altere" el ordenamiento constitucional se siga el procedimiento de *reforma de la Constitución,* pero en nuestro país, a partir del artículo 23 del Texto Constitucional se le ha dado *rango y jerarquía constitucional* a los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos, con una cláusula de aplicación inmediata y preferente.

3.2.1 *Definición*

> Se entiende por *tratados sobre derechos humanos* aquellos pactos, convenciones o acuerdos que en el contexto internacional celebran los Estados para establecer normas generales de conducta y los principios informadores sobre *derechos humanos* o *libertades fundamentales* de las personas.

La naturaleza jurídica de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos es exactamente igual al supuesto anterior: son *tratados internacionales;* la diferencia está en su contenido, pues, la "materia" que regula se vincula con el *goce* y *ejercicio* de libertades y derechos fundamentales de las personas.

3.2.2 *Condiciones de la norma de reconocimiento*

Las Constituciones de los países establecen diversos mecanismos para "establecer" el orden y la importancia de estos tratados en el orden interno; Ayala Corao explica estas diversas maneras:

> a) *Rango supraconstitucional*: se produce cuando la Constitución de un país establece la capacidad de los tratados de "modificar" o "alterar" las normas contenidas en la propia Constitución, se citan como ejemplo la Constitución de los Países Bajos, Hondura y Guatemala; en este mismo sentido, otros países aceptan la posibilidad de modificación de su Constitución positiva si, previamente, es aprobado por medio de una "reforma" de la Constitución, tal es el caso de la Constitución de Perú de 1993 (artículo 57) y la Constitución española de 1978 (artículo 95);
>
> b) *Rango constitucional*: Conforme a este sistema –dice Ayala Corao– los tratados se equiparan con la misma jerarquía normativa de la Constitución, con lo cual adquieren la supremacía y la rigidez propia

> de la Constitución, son ejemplos de este supuesto la Constitución argentina de 1994 (artículo 75.22), y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (artículo 23);
>
> c) *Rango supralegal*: Las normas de derecho internacional, para este sistema, tienen un valor superior a las normas de derecho interno –aunque no pueden modificar la Constitución– con lo cual tienen sólo valor de ley prevalente sobre las demás leyes (Ayala Corao: 2002, p. 49).

Es necesario destacar, como lo hace el profesor Ayala Corao, que los únicos instrumentos de derecho internacional a los cuales se les asigna esta jerarquía constitucional, son a los tratados, por lo cual quedan excluidos otros instrumentos no convencionales, como son específicamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Ayala Corao: 2002, p. 50). Nuestra Constitución postula la siguiente norma: Artículo 23. Los *tratados, pactos y convenciones relativos a 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 esta Constitución y en las leyes de la República, y son de *aplicación inmediata y directa* por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Las características centrales que se desprenden de esta disposición constitucional pueden enumerarse en las siguientes:

> 1) Se trata de "tratados, pactos y convenciones", con lo cual se excluyen, como se dijo anteriormente, las "declaraciones" o los simples acuerdos de intención;
>
> 2) Debe tratarse de tratados "relativos" o que conciernan a los derechos humanos, es decir, que se establezcan normas de comportamiento sobre el *goce* y *ejercicio* de los derechos inherentes a la persona;
>
> 3) Se le atribuye *jerarquía constitucional,* de modo que se inserta en el bloque de la constitucionalidad con las mismas consecuencias que una norma constitucional;
>
> 4) Se establece una "cláusula de aplicación preferente" sobre el ordenamiento interno, incluso, frente a la Constitución a la cual no "deroga" ni "modifica", pero cede en eficacia cuando las normas del tratado sean "más favorables", lo cual sólo podrá apreciarse en cada caso concreto;

> 5) Se dispone una aplicación inmediata y directa, es decir, se le atribuye el carácter de *fuente directa* y de vigencia inmediata.

Esto ofrece la oportunidad de revisar rápidamente las dos consecuencias inmediatas de esta norma: a) la jerarquía normativa de los tratados como "fuente directa" en el ordenamiento interno, y b) la cláusula de aplicación preferente que tienen los tratados aun frente a la norma constitucional.

3.2.3 *Jerarquía normativa como fuente directa*

Las normas del tratado sobre derechos humanos se convierten en el mismo momento de su ratificación en parte integrante del ordenamiento jurídico interno como verdadera *fuente directa* o de *aplicación,* pues al comportar "normas generales de conducta" configura su carácter "normativo". Este carácter de fuente normativa directa de los tratados genera dos consecuencias básicas: a) su efecto de primacía sobre todas las normas de menor rango que se le opongan; y b) la cláusula de preferencia frente a normas de igual rango constitucional. En efecto, los tratados sobre derechos humanos tienen un efecto derogatorio de todas aquellas normas de rango legal o sublegal que confronten sus normas y principios, lo cual es carácter común de todos los tratados, como se analizó en el epígrafe anterior; pero, además, tiene una cláusula de aplicación preferente que opera frente a la Constitución.

3.2.4 *La cláusula de "aplicación preferente"*

No se trata de un supuesto de "supraconstitucionalidad" pues, como se dijo, el tratado no "modifica" ni "altera" la vigencia normativa de la Constitución, a lo más que da lugar es a una "aplicación preferente" frente a dos normas de igual jerarquía (la Constitución positiva y los tratados); esto implica que no hay una *derogatoria general ni particular,* sino, en cada caso concreto, una mera escogencia de normas igualmente vigentes y del mismo rango. Es posible que una norma de un tratado "sea más favorable" en un caso concreto, pero que en otro caso, esa misma norma no lo sea tanto, y seguirá aplicándose la Constitución. Esta es la razón por la cual su carácter no es *derogatorio* ni *modificatorio* de la Constitución, y sólo implica que frente a un supuesto en concreto, el juez o el operador jurídico escogerá (y los ciudadanos podrán exigir) la aplicación de la norma más beneficiosa o favorable.

4. EL DERECHO EXTRANJERO COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNO

La otra fuente importante del Derecho de origen "meta estatal" la conseguimos en el Derecho extranjero. Las normas contenidas en los tratados *no es derecho extranjero* porque, en la elaboración de éstos participan directamente los Estados miembros, se rigen por las normas y principios del Derecho internacional público. En cambio, en el supuesto de Derecho extranjero estamos en presencia de *normas, reglas, principios y directrices* dictadas por otros países diferente al Estado aplicador. Precisemos aun más la definición de esta clase de fuente.

En principio la ley venezolana se aplica por igual a venezolanos y extranjeros que habiten o se encuentren en su territorio, pues se aplica el principio de la territorialidad de la ley, y conforme a nuestra normativa "Los jueces tienen la obligación de administrar justicia tanto a los venezolanos como a los extranjeros, en la medida en que las leyes determinen su competencia para conocer del respectivo asunto" (artículo 1º del Código de Procedimiento Civil); mientras que el Código Civil dispone que "La autoridad de la Ley se extiende a todas las personas nacionales o extranjeras que se encuentren en la República" (artículo 8º). Sin embargo, a pesar de este principio general, hay que reconocer que en supuestos concretos la ley venezolana puede "aplicarse" en el extranjero, y viceversa, es decir, las leyes extranjeras pueden aplicarse en Venezuela cuando la persona tenga su domicilio en el extranjero. Las reglas iniciales están contenidas en los artículos 9 y 26 del Código Civil:

> Artículo 9 CCV. Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los venezolanos, aunque residan o tengan su domicilio en país extranjero.
>
> Artículo 26 CCV. Las personas extranjeras gozan en Venezuela de los mismos derechos civiles que las venezolanas, con las excepciones establecidas o que se establezcan. Esto no impide la aplicación de las leyes extranjeras relativas al estado y capacidad de las personas en los casos autorizados por el Derecho Internacional Privado.

Estas normas sufrieron una variante en la Ley de Derecho Internacional Privado vigente desde 1998, donde se establece como norma general el domicilio como elemento que configura el ordenamiento jurídico aplicable. Desde luego, nos interesa destacar la aplicabilidad del Derecho extranjero en Venezuela.

4.1 *DEFINICIÓN*

> Se entiende por *Derecho extranjero* aquel ordenamiento jurídico constituido por *normas, principios, reglas y directrices* que son dictados por un país o un Estado diferente a quien tiene que aplicarlo en supuestos concretos.

Desde este punto de vista, el ordenamiento jurídico colombiano es un *Derecho extranjero* para el juez venezolano, pero el venezolano lo es también para el juez colombiano. Se trata siempre de instrumentos jurídicos que un país debe aplicar internamente, pero que son dictados por otros países. En principio pudiera parecer que se trata de una "injerencia" de un país en los asuntos internos de otro o un desconocimiento de la soberanía, pero, en verdad, se trata de supuestos concretos en que *ciudadanos extranjeros deben ser juzgados en un país* y sólo en lo relativo al *estado y capacidad de tales personas.*

De modo que todo lo que tenga que ver con el "estado civil" (matrimonio, parentesco, relacione filiales, divorcios, etc.) y la materia de "capacidad" se rige siempre por el *país donde la persona tenga su domicilio* y no donde está siendo juzgado. Una persona puede haber nacido en Canadá, pero tiene su domicilio en Francia y será juzgado en Venezuela, ello implica que los jueces venezolanos deben aplicar la ley francesa en lo relativo al estado y capacidad de esa persona. Bajo este razonamiento, el juez venezolano "debe aplicar" el ordenamiento de otro país cuando se trata de personas "que tengan su domicilio en otro Estado", y ello nos coloca ante un supuesto de *fuente directa o de aplicación directa del Derecho extranjero.*

4.2 *NORMAS EXTRANJERAS COMO FUENTES "DIRECTAS"*

Si por "fuentes directas" entendemos aquellas *normas de conducta* de aplicación en supuestos concretos, no queda duda de que las normas contenidas en instrumentos jurídicos extranjeros (sean leyes, decretos, resoluciones, costumbre jurídica extranjera, etc.) entonces puede afirmarse que tales instrumentos son *fuente directa en el Derecho venezolano,* en la medida en que son aplicadas por jueces venezolanos para resolver casos juzgados en Venezuela.

Un tema complejo, sin embargo, es la *prueba* del Derecho extranjero, pues es evidente que resulta materialmente imposible que un juez, por más sabio que sea, conozca *todas las normas jurídicas de todos los países,* y no sólo normas sino también reglas, directrices y principios incluidos en las leyes, costumbres, decretos, etc.; ante esta circunstancia corresponde a la persona interesada en

la aplicación de tales instrumentos extranjeros llevar a conocimiento del juez la *prueba* de la existencia de tales normas. Para efectuar esta prueba, bastará la consignación en original del *órgano oficial de difusión del país respectivo,* es decir, el equivalente en el país extranjero de lo que sería la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela (tales como la *Gazeta del Estado* italiano o el *Boletín Oficial del Estado* en España, etc.). En cuanto a la prueba de la costumbre jurídica, el asunto es un poco más complejo, para ello debe atenderse a las normas y principios del Derecho de prueba.

4.3 *EL DERECHO EXTRANJERO COMO FUENTE "INDIRECTA": EL DERECHO COMPARADO*

El Derecho extranjero también es *fuente indirecta,* en el sentido que puede servir de *fuente para la interpretación del ordenamiento jurídico interno,* esto es, cuando el operador jurídico en Venezuela pretende entender el sentido, naturaleza y alcance de una norma o de una institución jurídica, tiene como una poderosa herramienta la revisión de esa misma norma o institución en otros países. Ya no se trata de "aplicar" la norma extranjera en Venezuela, sino la de *interpretar las normas y principios del Derecho interno a la luz de la experiencia que tienen otros países sobre las normas y principios similares o equivalentes.* Este *análisis* permite al operador jurídico "comparar" el Derecho interno con el Derecho extranjero, con la única finalidad de establecer *sistemas y puntos de semejanzas y diferencias,* para realizar una tarea de "interpretación" propia de la normativa interna. Esta actividad se denomina *Derecho comparado* y constituye, a no dudar, *fuente indirecta o de interpretación del Derecho interno.*

5. EL DERECHO COMUNITARIO

El *Preámbulo* del Texto constitucional de 1999, establece como uno de los *valores rectores* del "nuevo" Estado venezolano, la promoción de "la cooperación pacífica entre las naciones" y el impulso y consolidación de "la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos". Esta "integración" constituye también un *mandato concreto,* pues, a tenor del artículo 153 del mencionado Texto constitucional: "La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región". Hemos visto que los países pueden celebrar "tratados internacionales" con diversos y múltiples fines, pero para nuestro estudio, es

necesario resaltar que de esos "fines" hay algunos que se conectan con los siguientes aspectos:

> a) Tratados para la realización de una actividad económica de interés común, por ejemplo, la unión aduanera, evitar la doble tributación, cooperación en materia económica, etc.;
>
> b) Tratados para constituir *entidades supranacionales* para formar un bloque de "integración" tanto administrativa, legislativa y jurisdiccional.

Se distinguen de esta manera los procesos de integración que persiguen formar una "comunidad de naciones" (tal como se desprende del artículo 153 de nuestro Texto constitucional) implica una atribución de ejercicio de determinadas competencias por parte de los países a una organización común que por este motivo puede generar un ordenamiento jurídico que, por provenir de una comunidad de Estados, se llama Derecho comunitario; debe advertirse, sin embargo, que la sola agrupación de países a través de un convenio de cooperación para ciertos fines no los convierte en una comunidad. El Derecho comunitario u ordenamiento jurídico andino se perfila, entonces, como un Derecho propio originario de la propia decisión de integración y producto de las competencias normativas que, a sus órganos, se le han establecido, todo lo cual, sumado a otros tipos de instrumentos jurídicos, constituyen un *totum* integrado y armónico.

5.1 *DEFINICIÓN*

> Se entiende por *Derecho comunitario* aquel conjunto de normas, reglas, principios y directrices que forman un *ordenamiento jurídico* común para los países involucrados por un Tratado en el cual se crean entidades supranacionales para el ejercicio de determinadas competencias (administrativas, legislativas y judiciales) en el espacio geográfico correspondiente al de los Estados miembros.

El Derecho comunitario, entonces, está formado por un conjunto de herramientas jurídicas portadoras de normas, reglas, principios y directrices que, en su conjunto, forman un *todo integrado* que se denomina "ordenamiento jurídico comunitario". Las características centrales del Derecho comunitario son las siguientes:

> a) El Derecho comunitario responde a una *voluntad común* de constituir *entes supranacionales;*

> b) Esa voluntad está expresada en los "tratados" de creación que constituye el *Derecho constitucional u originario;*
>
> c) Las entidades supranacionales creadas tienen unas "competencias exclusivas" sobre determinadas materias en el ámbito administrativo, legislativo y judicial;
>
> d) Dependiendo de las *normas de reconocimiento* de cada país miembro, los *elementos jurídicos* (normas, reglas, principios y directrices) entran a formar parte de manera *directa* e *inmediata* del ordenamiento jurídico interno con plena eficacia.

Los ejemplos más paradigmáticos del Derecho comunitario son aquellos provenientes de los procesos de *integración europea* (Comunidad Económica Europea en sus inicios y en la actualidad "Unión Europea"), y los procesos de *integración andina* en América Latina (Acuerdo de Cartagena en sus inicios y en la actualidad "Comunidad Andina de Naciones).

5.2 *EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO*

> Se entiende por *ordenamiento jurídico comunitario* el complejo de *instrumentos jurídicos* (Directivas, Resoluciones, Decisiones, Convenios, etc.) portadores de *elementos jurídicos* (normas, reglas, principios y directrices) de carácter común para los países involucrados por un tratado en el marco de un proceso de integración.

Para referirnos al proceso de *integración sudamericana* encontramos un ordenamiento jurídico *constitutivo de la integración* y un conjunto de *elementos jurídicos* que emanan de los entes supranacionales creados en esos tratados, es decir, una legislación originaria y una legislación derivada.

5.3 *LA LEGISLACIÓN ORIGINARIA Y DERIVADA*

En principio el ordenamiento jurídico andino está formado por los tratados de *creación* de los espacios integrados, en particular el *Acuerdo de Cartagena,* así como los otros tratados que crean órganos públicos comunitarios, esto es, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, el Tratado de Creación del Parlamento Andino, mientras que la legislación derivada son todos aquellos instrumentos jurídicos dictados con ocasión de los entes creados por la legislación originaria.

5.3.1 *Las normas "constitucionales" andinas*

Los Países Miembros que integran la comunidad andina de naciones realizaron un *pacto fundacional,* que bien puede asimilarse al acto constituyente y su resultado normativo puede denominarse *Derecho Constitucional Andino,* el cual puede ensayarse la siguiente definición:

> Se denomina *normas primarias, originarias* o *constitucionales* al acto constituyente o de creación de la comunidad andina que servirá de base, principio y fundamento de todo el *ordenamiento jurídico andino.*

Lo que define a un instrumento como "constitucional" es la voluntad de los Países Miembros, en la medida en que cada uno de ellos ejerce una voluntad soberana de integración. Se habla de normas "primarias" no por algún orden consecutivo (según lo cual sólo serían primarias o constitucionales las normas, reglas, principios y valores del Pacto de Cartagena), sino porque todo el ordenamiento jurídico andino encuentra en esa voluntad manifestada el fundamento y el principio general de la comunidad; bajo esta visión son *normas constitucionales andinas* o Derecho originario andino, no sólo el Acuerdo que le dio nacimiento a la comunidad sino también todos los protocolos adicionales y todos los tratados en los cuales los Países Miembros plasman su voluntad de crear o modificar las instituciones o normas ya creadas. El Derecho constitucional andino estaría formado entonces por los siguientes instrumentos jurídicos:

> 1. El Tratado de creación de la comunidad, conocido como Acuerdo de Cartagena y sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
>
> 2. El Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, modificado por el Protocolo de Cochabamba;
>
> 3. El Tratado de creación del Parlamento Andino.

Una norma "constitucional" o primaria se define, entonces, por la voluntad manifestada en forma de "tratado" o "acuerdo multilateral" que implique una afectación sensible de las bases del pacto fundacional de la comunidad; en este sentido, los Países Miembros actúan como *órgano constituyente* y los instrumentos creados en virtud de esa voluntad pueden denominarse *actos constitucionales.*

5.3.2 *El ordenamiento andino derivado*

Como consecuencia y desarrollo de la normativa originaria se presentan los instrumentos jurídicos de validez secundaria que, por supuesto, emanan de los órganos creados por la normativa constitucional andina. En este sentido puede señalarse:

> Se entiende por *instrumentos jurídicos secundarios, derivados* o de *desarrollo* a los actos jurídicos, con carácter normativo o no, emanados de las autoridades competentes creadas por los instrumentos constitucionales con la finalidad de darle operatividad y concreción a las finalidades establecidas por los Países Miembros.

Como su nombre lo indica, los instrumentos jurídicos secundarios se producen para poder "desarrollar" las normas, valores y principios de los instrumentos constitucionales andinos y, como consecuencia de ello, se produce una *jerarquía* necesaria entre ambos instrumentos. Este aspecto de la jerarquía será abordado como un punto específico en el discurso argumentativo del presente ensayo. Por lo pronto, puede indicarse que son instrumentos secundarios o de desarrollo los siguientes:

> 1) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;
>
> 2) Las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina;
>
> 3) Las Resoluciones y laudos arbitrales de la Secretaría General de la Comunidad Andina;
>
> 4) Los Convenios de Complementación Industrial y de cualquier otro tipo que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de integración subregional andino;
>
> 5) La jurisprudencia que, en forma de sentencia o de laudos arbitrales, emanen del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;

Estos diversos instrumentos de "desarrollo" pueden revestir el carácter de *norma jurídica* cuando disponen la adecuación de la conducta a preceptos (autorizatorios o prohibitivos), es decir, que tengan carácter *imperativo-atributivo* y de carácter general y abstracto, tal como ocurre con las Decisiones del Consejo Andino y las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina; sin embargo, pueden no tener carácter normativo o de aplicación y fungir sólo de

interpretación, como sucede con las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad. Por otro lado, los instrumentos jurídicos pueden ser abstractos y generales, como se explicó, pero también pueden ser individualizados y concretos, como ocurre con los contratos que se celebran en el marco del proceso de integración subregional. Esto, si se tiene en cuenta que tales contratos o convenios son verdaderas *normas jurídicas individualizadas,* al igual que ocurre con las sentencias y laudos que ordenan una conducta determinada en un caso concreto sometido a su competencia.

5.4 *LAS FUENTES DEL DERECHO COMUNITARIO*

Es evidente que los "instrumentos jurídicos" de más alta jerarquía son los *tratados de creación,* tanto de la integración como de los entes del Poder Público Andino (Parlamento, Tribunal de Justicia, Ejecutivo Andino), sin embargo, sobre la base de ese ordenamiento originario, existen otros "instrumentos" que forman parte del *ordenamiento jurídico derivado,* los cuales en orden jerárquico son los siguientes:

5.4.1 *Las "directrices" del Consejo Presidencial Andino*

El máximo órgano de gobierno del Sistema Andino de Integración (SAI) es el *Consejo Presidencial* formado por los Jefes de Estado de los Países Miembros. Este Consejo emite "directrices" sobre los distintos ámbitos de integración subregional andino, sin embargo, tales directrices no *son técnicamente normas jurídicas,* aun cuando formen parte del "ordenamiento jurídico andino". La "juridicidad" de tales directrices se deriva de lo dispuesto en la última parte del artículo 11 del Acuerdo de Cartagena, según el cual "los órganos e instituciones del Sistema ejecutarán las orientaciones políticas contenidas en las Directrices del Consejo Presidencial Andino". Como se aprecia, no se trata de "normas" dirigidas a los Países Miembros y, ni siquiera, a los particulares involucrados en el proceso de integración, pero, no hay duda, de que tales *directrices* son "obligatorias" para los órganos e instituciones del SAI, en consecuencia adquieren carácter "jurídico" interno de la propia comunidad. Cuando las *Directrices* contengan actos jurídicos con carácter general y su conocimiento sea de interés para la Comunidad Andina, la Secretaría General, como regla excepcional, puede disponer su publicación en la *Gaceta Oficial*, según se colige de lo establecido en el artículo 43 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia.

5.4.2 *Las declaraciones y decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores*

Este Consejo está formado, como su nombre lo indica, por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países Miembros y constituyen el *brazo ejecutor* del Consejo Presidencial Andino. Ahora bien, conforme al artículo 17 del Acuerdo de Cartagena, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores se expresa mediante *Declaraciones* y *Decisiones adoptadas por consenso;* a tenor del artículo, cuando las decisiones son adoptadas de esta manera "forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina". El artículo 1º del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuyo Capítulo I se titula "Del ordenamiento jurídico de la comunidad andina", establece:

Artículo 1º TCTJCAN. El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende:

> a) El acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e instrumentos adicionales;
>
> b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
>
> c) *Las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores* y la Comisión de la Comunidad Andina;
>
> d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y
>
> e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andino.

Según este artículo las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores son parte del ordenamiento jurídico, y al no hacer la diferencia entre las que fueren adoptadas por consenso y las que no, debe entenderse que "todas las Decisiones" son jurídicamente considerables dentro del ordenamiento. Lo mismo puede decirse de las Declaraciones de este Consejo, a pesar de que no tengan carácter "normativo" u "obligatorio", sin embargo, si una Declaración va en contra de las normas constitucionales de la Comunidad o resulta un despropósito o una desviación de poder, como acto político que es, resulta susceptible de impugnación. Se trataría, en nuestro caso, de *instrumentos jurídicos de interpretación* o declaraciones principistas que pueden contrariar los valores y principios de la integración. Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de conformidad con el artículo 43 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia, deben ser publicadas por la Secretaría General en la *Gaceta Oficial* del Acuerdo de Cartagena.

5.4.3 *Las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina*

Igual que el Consejo Andino de Ministros de Asuntos Exteriores, esta Comisión de la Comunidad Andina, creada en el Acuerdo de Cartagena, puede dictar *Decisiones* con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros a través de sus Plenipotenciarios. Sin embargo, el Acuerdo de Cartagena dispone una serie de mecanismos para la toma de las Decisiones en función del quórum requerido; en tal sentido:

> a) Si se trata de materias como la delegación en la Secretaría General de algunas atribuciones; aprobar las propuestas de modificación del Acuerdo; la aprobación de normas que sean necesarias para hacer posible la coordinación de los planes de desarrollo; la aprobación de los informes y los programas de integración física, entonces se requiere *la mayoría absoluta de los Países Miembros;*
>
> b) Si se trata de materias incluidas en el anexo II, esas propuestas de la Secretaría General deben ser aprobadas por la mayoría absoluta, siempre que no haya voto negativo;
>
> c) Las materias relacionadas con el régimen especial para Bolivia y Ecuador previstas en el Anexo III, requieren del voto de la mayoría absoluta y siempre que uno de ellos sea el de Bolivia o Ecuador, según corresponda;
>
> d) Los Programas y Proyectos de Desarrollo Industrial deben ser aprobadas con el voto de la mayoría absoluta y siempre que no haya voto negativo.

Conforme a la jerarquía organizativa gubernamental, repercute de igual manera en la *jerarquía normativa* de las Decisiones, pues, éstas deberán respetar siempre lo establecido en las normas originarias o constitucionales y, en orden, a los principios emanados del Consejo Presidencial y las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores. De igual modo que las Decisiones del Consejo Andino de Ministros, las *Decisiones* de la Comisión de la Comunidad Andina, de conformidad con el artículo 43 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia, deben ser publicadas por la Secretaría General en la *Gaceta Oficial* del Acuerdo de Cartagena.

El Tribunal Supremo venezolano, desde hace muchos años, ha reconocido el carácter normativo y directamente aplicable en el Derecho interno de estos instrumentos:

> Tribunal Supremo de Justicia: *Sentencia Nº 3009 de 18 de diciembre de 2001* (Industria Láctea Venezolana *vs* Contraloría General de la República, exp. 1070), bajo la ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa: En este orden de ideas, pero ya en el ámbito del ordenamiento jurídico subregional andino (comunitario), resultan de estricto y exigible cumplimiento los preceptos de carácter normativo de la Comisión y de la Junta del Acuerdo de Cartagena, como órganos principales de dicho Acuerdo, aplicables al caso concreto aquellos contenidos en la Decisión de la Comisión Nº 371, en concordancia con la Resolución de la Junta Nº 360, publicados en nuestra *Gaceta Oficial* Nº 4.888, Extraordinario, de fecha 17 de abril de 1995.

Nuestra jurisprudencia ha reconocido que las "Decisiones" de la Comisión forman parte integrante del ordenamiento interno con rango de "ley" con su efecto de primacía sobre las leyes dictadas internamente por los órganos correspondientes (Asamblea Nacional o Consejos Legislativos regionales o municipales). A propósito la siguiente sentencia afirma:

> Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional: *Sentencia Nº 1142 de 15 de mayo de 2003* (Freddy Belisario y otro en recurso de nulidad, exp. 02-1187), con ponencia del Magistrado José Manuel Delgado Ocando: Ahora bien, dentro de las *"normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración"* a que se refiere la disposición constitucional en examen, se hallan, en el caso del Acuerdo de Integración Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena aprobado mediante Ley dictada por el Congreso de la República, publicada en *Gaceta Oficial* Nº 1.620, Extraordinario, del 1-11-73, no sólo las normas contenidas en el Tratado mismo y en las sucesivas modificaciones a éste que hayan sido debidamente incorporadas al derecho interno mediante la respectiva Ley Aprobatoria de la nueva regulación subregional, sino también las Normas aprobadas por la Comisión que crea el artículo 6 del referido Acuerdo, con base en la competencia atribuida a dicho órgano supranacional por el artículo 7, literal "b", del también llamado Pacto Andino, las cuales se expresan a través de Decisiones, como es, precisamente, la Decisión Nº 314, sobre "Libertad de Acceso a las Cargas Transportadas por Vía Marítima y Políticas para el Desarrollo de la Marina Mercante del Grupo Andino", por cuanto las disposiciones en ellas contenidas completan el contenido del Acuerdo mismo, en tanto directrices *"indispensables para hacer posible los planes de desarrollo y la ar-*

> *monización de las políticas económicas de los Países Miembros"* (artículo 7, literal "b"), tienen rango de ley en el derecho interno de Venezuela y su vigencia se inicia, de acuerdo a las disposiciones contenidas en los artículos 2 y 3 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia Andino, aprobado mediante Ley publicada en *Gaceta Oficial* N° 3.216, Extraordinario, del 07-07-83, a partir de la fecha de publicación de las mismas en la *Gaceta Oficial* de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

5.4.4 *Las resoluciones y dictámenes de la Secretaría General*

La Secretaría Andina es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina y dentro de sus funciones está el de "atender los encargos del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión"; a estos mismos órganos puede formularle propuestas de Decisión de conformidad con sus competencias. De igual modo debe velar por la aplicación del Acuerdo de Cartagena y el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; efectúa los estudios técnicos y las coordinaciones que le encomienden los otros órganos del Sistema Andino de Integración y mantiene vínculos de trabajo con los órganos ejecutivos de las demás organizaciones regionales de integración y cooperación, con la finalidad de intensificar sus relaciones y cooperación recíproca. La Secretaría es el órgano ejecutivo y administrativo por excelencia, su trabajo es permanente y apoya, técnicamente, a los demás órganos del SAI; está dirigida por el Secretario General y se apoya en los Directores Generales y el personal técnico y administrativo necesario para el cumplimiento de sus atribuciones.

Esta Secretaría General se expresa a través de *Resoluciones;* sin embargo, advertimos que, de conformidad con el artículo 39 *eiusdem,* se refiere a *Resolución* o *Dictamen*. Las Resoluciones de la Secretaría General constituyen verdaderos *instrumentos jurídicos* que forman parte del ordenamiento jurídico andino, no sólo porque su "juridicidad" es evidente, sino por expresa previsión del artículo 1º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia. A pesar de ello, conviene profundizar el *status* de los Dictámenes y los *laudos arbitrales.* De conformidad con el artículo 29 del Acuerdo, la Secretaría General se expresa mediante *Resoluciones;* sin embargo, el artículo 39 *eiusdem* dispone que "en caso de procedimientos que deban culminar en la adopción de una *Resolución* o *Dictamen,* las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas de los Países Miembros, deberán colaborar con las investigaciones"; esta mención a *Resolución* y *Dictamen* hace pensar que se trata de instrumentos diferentes.

Las *Resoluciones,* ha señalado el mismo Tribunal, que pueden calificar una medida interna como "restricción al comercio", y en este sentido "constituyen actos decisorios que crean en el País Miembro destinatario una obligación de cumplimiento inmediato, independientemente de que su validez pueda ser cuestionada por la vía de la acción de nulidad. De conformidad con el artículo 39 mencionado se hace mención al *Dictamen* como forma de expresión de la Secretaría General; textualmente:

> Artículo 39 AC. En el caso de procedimientos que deban culminar en la adopción de una *Resolución* o *Dictamen*, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas de los Países Miembros, deberán colaborar con las investigaciones que realice la Secretaría General en el desarrollo de sus funciones y en tal sentido deberán suministrar la información que al efecto ésta les solicite.
>
> La Secretaría General guardará la confidencialidad de los documentos e informaciones que le sean suministrados, de conformidad con las normas que al respecto se establezcan.

El *Dictamen* se refiere a recomendaciones, análisis, diagnóstico o pronóstico de determinadas situaciones, estudios técnicos, etc., pero que no tienen carácter "normativo", constituye la posición del organismo con respecto del estado de cumplimiento o incumplimiento por parte de un País Miembro con respecto del ordenamiento jurídico andino. Los Dictámenes entrarían a formar parte del ordenamiento jurídico, pero como *instrumento de interpretación,* es decir, como "fuente indirecta" de Derecho Andino.

Además de las Resoluciones y Dictámenes, la Secretaría General cumple una función *arbitral.* En efecto, la Sección Quinta del Tratado de creación del Tribunal de Justicia, se denomina "De la función arbitral" que es compartida tanto por el Tribunal de Justicia como por la Secretaría General. El primero se produce con ocasión de controversias entre los órganos e instituciones del SAI, entre éstos y terceros y por solicitud de los particulares, con objeto de la "aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos". El segundo, se aplica exclusivamente para los contratos de carácter privado.

5.4.5 *Los Convenios de Complementación Industrial*

Los Convenios de Complementación Industrial tienen por objeto promover la especialización industrial entre los Países Miembros y podrán ser celebrados y ejecutados por dos o más de ellos y deben ser puestos en conocimiento de

la Comisión Andina. Según lo dispone el artículo 62 del Acuerdo, estos convenios pueden comprender medidas como "distribución de producciones, coproducción, subcontratación de capacidades de producción, acuerdos de mercado y operaciones conjuntas de comercio exterior, y otras que faciliten una mayor articulación de los procesos productivos y de la actividad empresarial". Constituye, entonces, un elemento jurídico básico en el desarrollo de los procesos de integración.

5.4.6 *Las sentencias y laudos del Tribunal de Justicia*

El Tribunal de Justicia de la Comunidad tiene una doble función; por una parte, cumple funciones arbitrales y, por otra, dicta sentencias con fuerza ejecutiva sobre los conflictos y controversias que se le sometan a su conocimiento; sin embargo, no todas las controversias pueden ser sometidas a la función arbitral y tampoco es exclusiva del Tribunal, pues la Secretaría General, comparte estas mismas funciones.

5.5 *RELACIONES CON EL DERECHO INTERNO*

La problemática planteada bajo la vigencia de la Constitución de 1961 ha quedado superada con el nuevo Texto constitucional de 1999, pues, en sus relaciones con el Derecho interno *todos los instrumentos jurídicos de la integración andina* forman parte integrante del Derecho interno y de aplicación inmediata y preferente.

5.5.1 *La norma constitucional de reconocimiento*

La *norma de reconocimiento* está contenida en el citado artículo 153 de la Constitución de la República que constituye el basamento interno de los procesos de integración andina:

> Artículo 153. La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integra-

> ción y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.

Este artículo contiene un "principio" consistente en la promoción y favorecimiento de la integración latinoamericana y caribeña para "avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones"; igualmente, contiene una "norma" según la cual se habilita al Estado para "suscribir tratados internacionales" para promover el desarrollo común de las naciones latinoamericana y caribeña. En tercer lugar, contiene una *norma secundaria* o *de reconocimiento,* al establecer que *las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna*.

Conforme a ello, el Estado *debe ejecutar políticas claras* para concretar el principio constitucional de integración, pero, al mismo tiempo, debe *ajustar su ordenamiento interno* a los efectos producidos por el conjunto de "herramientas jurídicas" que provengan de los entes supranacionales creados en el proceso de integración.

5.5.2 *Eficacia y aplicación de las normas del Derecho comunitario*

Con esta norma de reconocimiento se elimina una vieja discusión en nuestra doctrina y jurisprudencia sobre la *eficacia normativa* y el *efecto directo* de los instrumentos derivados del ordenamiento jurídico andino, y estos aspectos se han solventado con las siguientes precisiones:

> 1) Los entes supranacionales creados en los procesos de integración pueden dictar *normas generales de conducta* aplicables tanto a los Estados miembros como *a los ciudadanos nacionales de cada país,* de modo que se elimina el monopolio de los Estados como entes titulares de derechos y obligaciones de carácter internacional, sino que cada persona puede invocar para sí las normas producidas por tales entes supranacionales;
>
> 2) Los elementos jurídicos (normas, reglas, principios y directrices) creadas por los entes supranacionales tienen *aplicación inmediata* en el ordenamiento interno sin necesidad de ley aprobatoria por par-

> te del órgano legislativo correspondiente como ocurre normalmente con los tratados ordinarios; y
>
> 3) Los elementos jurídicos señalados anteriormente tienen *aplicación preferente a los instrumentos internos,* con lo cual se le reconocen *vigencia directa,* y posibilidad de tener *efectos de primacía* sobre los instrumentos jurídicos internos.

Este carácter ha sido apreciado reiteradamente por nuestra jurisprudencia reciente, tal como se colige de esta afirmación de la Sala Constitucional:

> Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional: *Sentencia Nº 1142 de 15 de mayo de 2003* (Freddy Belisario y otro en recurso de nulidad, exp. 02-1187), con ponencia del Magistrado José Manuel Delgado Ocando: Considera esta Sala Constitucional, que la redacción del párrafo subrayado de la citada norma constitucional constituye un cambio notable de importantes implicaciones en el proceso de recepción y aplicación inmediata del derecho de la integración económica latinoamericana, con respecto al contenido del artículo 108 de la Constitución de 1961 (cuyo texto era: *"La República favorecerá la integración económica latinoamericana. A este fin se procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes"*), ya que en la actual norma constitucional sobre la materia se establece no solamente que la República, a través de los órganos competentes del Poder Ejecutivo Nacional, puede suscribir válidamente tratados internacionales que impliquen la atribución a organizaciones supranacionales, como es la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de las competencias (legislativas, jurisdiccionales, etc.) que sean necesarias para llevar a cabo los procesos de integración económica en Latinoamérica y el Caribe, sino también que las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración son parte integrante del ordenamiento legal vigente de Venezuela, y de aplicación directa y preferente respecto a la legislación interna, sin que el constituyente de 1999 haya condicionado la incorporación de dichas normas al cumplimiento de un trámite administrativo o legislativo interno, o atribuido al legislador nacional la competencia para regular dicha incorporación.

Sirvan, pues, estas notas para colocar sobre el tapete la discusión sobre una nueva manera de entender el *ordenamiento jurídico,* pues, por tal habrá de

entenderse el *conjunto de instrumentos jurídicos capaces de comportar normas, reglas, directrices y principios que informan al Derecho, y que pueden tener su origen en la voluntad política de un Estado, la sociedad misma y los propios individuos, y de igual forma, los instrumentos internacionales capaces de crear contenidos jurídicos en el orden jurídico interno.*

E. M. Cioran:
De la filosofía y los filósofos
–Una breve exposición de su pensamiento–

Hermann PETZOLD-PERNÍA*

Yo me interrogo: ¿Cuándo, pues, los hombres cesarán de interrogarse? ¿Cuándo renunciarán definitivamente a la teoría, y al misterio? Más has tú puesto vida en los pensamientos más muerte hay en ti.

(Cioran, ***Le Livre des leurres***)

SUMARIO:

Introducción
1. **¿Cómo nace la metafísica?**
2. **¿Es inútil la filosofía?**
3. **¿Entre la santidad y la filosofía?**

* **La Universidad del Zulia**, Abogado, Licenciado en Educación y Doctor en Derecho. *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, *Escuela de Derecho*, Profesor Titular, *División de Estudios para Graduados*, *Maestría en Derecho Procesal Civil*, Profesor Titular. *Departamento de Filosofía del Derecho y Ciencias Conexas*, Jefe. Ex Decano. **Universidad Libre de Bruselas**, Doctor en Filosofía del Derecho.

4. ¿Cuáles son los tipos o modelos de filósofos?
5. ¿Cuál es la originalidad de los filósofos?
Conclusión

INTRODUCCIÓN

En el presente ensayo he pretendido hacer una *exposición* de algunas de las tesis de E. M. Cioran (1911-1995), a mi juicio, uno de los más grandes pensadores europeos del siglo XX. Cioran nació en Rasinari (Rumania), pero vivió gran parte de su vida en Francia, donde falleció. Sus primeras cinco obras escritas en su lengua natal (***Sur les cimes du désespoir, Le Livre des lgurres, Des larmes et des saints, Le Crépuscule des pensées y Bréviaire des vaincus***) fueron traducidas al francés por André Vornic, Grazyna Klewek y Thomas Bazin, Sanda Stolojan, Mirella Patureau-Nedelco y Alain Paruit, respectivamente, mientras que las siguientes diez publicadas en vida del autor fueron redactadas por éste en dicho idioma, demostrando un excelente dominio del mismo. Por otra parte, debo señalar que los textos que he traducido y transcrito al castellano han sido tomados del volumen de 1.820 páginas que, con el título de **Oeuvres**, fue editado por Éditions Gallimard en 1997, y que recoge un total de 15 obras más un **Glossaire,** por lo que los números que aparecen al final de los textos que he citado, en su mayoría *in extenso*, remiten a las páginas del referido volumen [esperando haber hecho honor a lo que en el libro ***Aveux et anathémes*** (***Confesiones y anatemas***) decía Cioran: "*Es necesaria más reflexión para traducir que para 'crear'* " (1661)].

¿Fue Cioran un filósofo? Pienso que sí. Aunque él, en su obra ***Des larmes et des saints*** **(De las lágrimas y de los santos),** expresa que no es *"Ni bastante desgraciado para ser poeta... ni bastante indiferente para ser filósofo, yo no soy más que lucido, pero bastante para ser condenado"* (324), y en ***Le Crépuscule des pensées*** (**El Crepúsculo de los pensamientos**), agrega: *"Yo soy un poeta por todos los versos que jamás he escrito"* (433) (algo que en lo personal suscribo). Vemos, pues, que Cioran privilegia la poesía frente a la filosofía, y en la última obra citada escribe:

> La poesía, con relación a la filosofía, representa más intensidad, sufrimiento y soledad. A pesar de todo le queda un momento de prestigio al filósofo: cuando él se siente solo **con todo el conocimiento.** Entonces los suspiros llegan hasta la Lógica. Solamente una grandeza fúnebre puede todavía hacer **vivas** a las ideas (435).

Y en el ***Glossaire*** declara:

> Yo no soy filósofo. He hecho estudios de la filosofía en mi juventud, pero he abandonado rápido cualquier idea de dedicarme a la enseñanza. Yo no soy más que un **Privat Denker** –un pensador privado–, yo trato de hablar de lo que he vivido, de mis experiencias personales, y he renunciado a hacer una obra. ¿Por qué una obra? ¿Por qué la metafísica? Carnap ha dicho una cosa profunda: 'Los metafísicos son músicos sin don musical' (1771).

Más adelante, en el mismo **Glossaire,** diez años después, sostiene pertinentemente lo siguiente:

> Yo creo que la filosofía no es ningún objeto de estudio. La filosofía debería ser una cosa personalmente vivida, una experiencia personal. Se debería hacer filosofía en la calle, trenzar en conjunto a la filosofía y a la vida. Por muchas razones me considero efectivamente un filósofo de la calle. ¿Una filosofía oficial, una carrera de filósofo? ¡Entonces no! Toda mi vida me he levantado y me levanto todavía hoy, contra esto (1772).

Así, pues, filósofo y/o pensador (no son condiciones incompatibles, aunque tampoco esencialmente similares, dado que hay pensadores que no son filósofos), Cioran se ocupó de meditar y escribir sobre temas que atenazan y angustian al ser humano, desde que tomó conciencia de su racionalidad, y que, al menos en parte, provocaron el inicio hace miles de años de la reflexión filosófica no sólo en Grecia sino en China e India. Cioran escribe sobre determinadas *aporías,* es decir, sobre algunos problemas para los cuales el ser humano no ha podido encontrar, hasta hoy, una solución científicamente fundada, tales como los relativos a la existencia de Dios y las relaciones de éste con los hombres, es decir, sobre la trascendencia más allá de la presente vida finita, y por lo tanto, de la muerte; el papel que la enfermedad y el dolor juegan en nuestra existencia temporal y del sentido de ésta y de la historia de la humanidad; la soledad humana; el universo y el tiempo; la posibilidad del conocimiento y de la existencia o no de la verdad y las verdades, y, por ende, trata sobre la ciencia, la filosofía y los filósofos y su rol; reflexiona en torno a la música y la poesía, y varios otros temas relevantes. Sin embargo, fundamentalmente, sólo me he ocupado de un tema de la extensa obra de Cioran: *De la filosofía y de los filósofos,* aunque, por supuesto, no he podido dejar de lado algunos temas conexos, a los que he hecho referencia incidentalmente.

En consecuencia, se puede afirmar, que Cioran analiza incisivamente problemas que, aunque son fundamentales para todos los seres humanos, diariamente los tratamos de obviar, de apartar de nuestra mente, de no pensar en ellos, ya que vivimos la engañosa ilusión de que llegamos para quedarnos en este mundo pasajero y cambiante, y solamente cuando la muerte, el dolor físico y/o moral nos afectan, es cuando tomamos conciencia de los mismos, aunque frecuentemente nuestra meditación al respecto es superficial y a la ligera, dada la influencia de lo "mundano" sobre nosotros.

Por otra parte, aunque el mismo autor, en ***Syllogismes de l'amertume*** (***Silogismos de la amargura***), ha escrito: "*Todo comentario de una obra es malo o inútil, pues todo lo que no es directo es nulo*" (751), luego se contradice (lo cual es típico de su filosofía y es, por lo demás, lo que él predica) diciendo, en ***Aveux et anathémes*** (***Confesiones y anatemas***), que: "*No dura sino lo que es susceptible de varias interpretaciones*" (1713), al realizar mis comentarios sobre los textos que he traducido y que transcribo a continuación, he tenido presente, lo expresado por Emerich Coreth al referirse a la expresión "hermenéutica", que tiene su origen en un verbo griego y sus derivados que "significa 'afirmar' y 'proclamar', 'interpretar' o 'esclarecer' y finalmente 'traducir'. Muestra, pues, este verbo una multiplicidad de significados, los cuales radican, sin embargo, en una cosa común: algo debe ser hecho inteligible, debe lograrse que sea entendido. Esto sucede ya en cualquier afirmación lingüística, la cual quiere suscitar una intelección, convertir algo en inteligible".[1] Y eso es precisamente lo que he perseguido al hacer esta exposición de las opiniones realmente polémicas de Cioran en torno a la filosofía y quienes pretenden ser sus cultivadores. Por supuesto, los filósofos (o quienes así se consideren) y cualesquiera otras personas que no estén de acuerdo, las pueden desdeñar, pues, al fin y al cabo, provienen de alguien que, en ***Sillogisme de l'amertume,*** dijo:

> Lo mejor de mí mismo, esa falta de luz que me aleja de todo, lo debo a mis raras entrevistas con algunos indecentes amargados, con algunos indecentes inconsolables que, víctimas del rigor de su cinismo, no podían atarse más a ningún vicio (751).

Vivimos en un mundo, que desde antes de iniciarse la Segunda Guerra Mundial, se ha venido caracterizando por una creciente violencia que ha llevado al exterminio masivo de personas no sólo mediante guerras internacionales o civiles,

[1] *Cuestiones Fundamentales de Hermenéutica*, trad. del alemán por Manuel Balasch, Barcelona, Herder, 1972, p. 7.

sino a través de los actos de gobiernos, cuyos funcionarios han ordenado la eliminación, según los casos, de cientos, miles o hasta millones de personas (genocidio), y de acciones de grupos particulares, que guiados por motivaciones raciales, ideológicas, religiosas, etc., y en nombre de éstas, o de una pretendida "revolución" apelan al terrorismo justificándolo con la promoción o defensa de supuestos ideales o una filosofía, lo que, hace muchos años, condujo a Albert Camus a decir de aquéllos, acertadamente, que "su coartada es irrefutable: es la filosofía la cual puede servir para todo, aun para cambiar a los asesinos en jueces".[2]

Además, como en la época actual, las principales ideologías que dominaron las mentes y los corazones de millones de hombres y mujeres, desde las décadas finales del siglo XIX y durante todo el siglo XX, e inspiraron la instauración de varios regímenes políticos totalitarios y sumamente opresivos, han aparentemente muerto o al menos han sido abandonadas en el desván de la historia, vale la pena investigar, a mi juicio, cuál puede y debe ser el papel que la filosofía y los filósofos cumplen o deberían cumplir en un tiempo tan convulsionado y de evidente crisis axiológica, recurriendo para ello a la obra de uno de nuestros más lucidos contemporáneos, dado que vivió durante casi todo el transcurso del siglo XX.

1. ¿CÓMO NACE LA METAFÍSICA?

Según expone Cioran, en su primera obra –escrita a la edad de los 22 años, en 1933–, ***Sur les cimes du désespoir*** (***Sobre las cimas de la desesperación***), las

> revelaciones de orden metafísico comienzan solamente cuando el equilibrio superficial del hombre se pone a vacilar y que en la espontaneidad ingenua hace lugar a un tormento profundo (32), ya que, solamente son felices aquellos que no piensan jamás, o en otras palabras, aquellos que no piensan más que lo estrictamente necesario para vivir. El verdadero pensamiento se parece a un demonio que molesta las fuentes de la vida, o bien a una enfermedad que afecta sus mismas raíces. Pensar en todo momento, plantearse problemas capitales hasta el límite y experimentar una duda permanente en cuanto su destino; estar fatigado de vivir, agotado por sus pensamientos y por su propia existencia más allá de todo límite..., ser desgraciado hasta el punto...que la reflexión parece como una condenación (47-48).

[2] *L'homme révolté*, s/1., Gallimard, 1951, p. 13.

Claro que eso ocurre únicamente cuando se medita intensamente y se ponen en dudas las ideas recibidas y se reflexiona sin prejuicios sobre la trascendencia de la existencia misma, lo que permite surgir a la preocupación metafísica. Empero, hay que ser cuidadoso, dado que la "*tentativa de considerar los problemas existenciales bajo el ángulo de la lógica está condenada al fracaso"* (36), dado que en este campo, me permito agregar yo, no se deben emplear los razonamientos analíticos o demostrativos, cuyas premisas son "verdaderas, primarias e inmediatas" (como por ejemplo en el silogismo) sino los razonamientos dialécticos, en los que se razona a partir de premisas constituidas por "opiniones generalmente admitidas" (es decir, las "admitidas por todo el mundo, por la mayoría de la gente o por los filósofos"), según la distinción que Aristóteles hace entre ambos tipos de razonamientos, y donde juega un rol fundamental la dialéctica que, para el Estagirita, "es un proceso de crítica en el que se halla el camino que lleva a los principios de toda investigación".[3]

Además, como añade Cioran, muchos

> filósofos son demasiados orgullosos para confesar su miedo a la muerte, y demasiado pretenciosos para reconocer a la enfermedad una fecundidad espiritual. Hay una serenidad engañosa en sus consideraciones sobre la muerte: son ellos en realidad los que tiemblan más. Pero no olvidemos que la filosofía es el arte de enmascarar sus tormentos y sus suplicios. (36).

Es decir, que a la filosofía, a menudo, se la ha presentado como un medio para consolarse de la finitud existencial y del temor de lo que pueda haber más allá de la muerte, aunque a la larga, según nuestro autor, no sirve más que para autoengañarse, engañando de paso a los demás. Para el ser humano pensante:

> Entre más la conciencia de la infinitud del mundo es aguda, más el sentimiento de su propia finitud se intensifica (38-39). Por ello, Cioran escribe: "Las raíces de la metafísica son tan complicadas como las de la existencia" (43), y más adelante agrega: "Mientras uno no haya sido reducido a cenizas, uno puede hacer filosofía lírica –una filosofía donde la idea tiene las raíces tan profundas como la poesía. Se accede entonces a una forma superior de existencia, donde el mundo y sus problemas inextricables no merece ni siquiera el desprecio.

[3] *Cf.* Aristóteles, *Tópicos*, lib I, cap. 100 a; *Analítica Primera*, lib. I, caps. 1-4, y *Analítica Posterior*, lib. I, cap. 2, 71b, en *Obras*, trad. del griego por Francisco de P. Samarach, 2ª ed., Madrid, Aguilar, 1973, pp. 418-419, 275-279 y 354-355.

Por tanto, la

> inquietud por el sistema y la unidad no ha sido ni será jamás el asunto de los que escriben en los momentos de inspiración, en que el pensamiento es una expresión orgánica que obedece a los caprichos de los nervios. Una perfecta unidad, la búsqueda de un sistema coherente indican una vía personal pobre en recursos, una vía esquemática e insípida en la que están ausentes la contradicción, la gratuidad, la paradoja. Solamente las contradicciones esenciales y las antinomias interiores testimonian de una vida espiritual fecunda, pues solamente ellas suministran al flujo y a la abundancia internos una posibilidad de realización. Aquellos que no tienen más que pocos estados del alma e ignoran la experiencia de los confines no pueden contradecirse, puesto que sus reducidas tendencias no sabrían oponerse... Todo lo que es forma, sistema, categoría, plan o esquema procede de un déficit de contenidos, de una carencia de energía interior, de una esterilidad de la vida espiritual. Las grandes tensiones de ésta alcanzan al caos, a una exaltación vecina de la demencia. No hay vida espiritual fecunda que no conozca los estados caóticos y efervescentes de la enfermedad en su paroxismo, cuando la inspiración aparece como una condición esencial de la creación y las contradicciones como manifestaciones de la temperatura interior. (43- 44).

En el extenso texto que antecede, Cioran expresa ya las tesis que con relación a la filosofía sostendrá en obras posteriores: Su oposición a todo **sistema** filosófico y su convencimiento de que las contradicciones en el pensamiento de un pensador lo enriquecen y son una muestra de su fecundidad intelectual:

> Yo no amo más que las verdades vitales, las verdades orgánicas salidas de nuestra inquietud. Todos los que piensan de manera viva tienen razón, no se encontraran argumentos decisivos contra ellos... Que algunos se empeñen todavía en buscar la verdad, no hace más que asombrarme. ¿No han comprendido, pues, que ella no existe? (79). Y añade: ¿Cuándo nuestra felicidad puede comenzar? Cuando hayamos adquirido la certeza de que la verdad no puedo existir (94).

Y, en una obra posterior, ***Le Livre des leurres*** (***El Libro de los engaños***) escribe:

> Que los hombres estén solos, yo lo comprendo. Pero ¿las verdades? Y sin embargo, las verdades están solas, más de lo que suponemos. Todas las verdades particulares, que parecen constituir las columnas de una verdad universal, representan en el fondo individualiza-

> ciones lógicas que su limitación aísla. ¿Cuál es esta verdad universal que las corona y las justifica? ¿Quién lo sabe? Parece que algunos lo hayan sabido e incluso que nos lo hayan dicho. Pero no sé por qué lo hemos olvidado. No tenemos recuerdos de las divinidades. ¿Dios estará tan lejos?
>
> ... Entonces, ¿quién las sostiene? ¿La idea de lo verdadero, el Bien, lo Bello?
>
> Ellas no dan la vida y uno sabe bien que las verdades no están vivas…
>
> Yo comprendo ahora por qué el hombre no puede ser consolado. ¿Qué ayuda las verdades le dan? Ellas han aspirado toda su vida. Y ellas no han alcanzado a ser más plena que él. **Sólo entre verdades solas**, he aquí una verdad sobre el hombre, que puede servirle de definición (258).

O para decirlo con otras palabras: La verdad total y universal es como un prisma de cual solamente alcanzamos a ver y conocer alguno(s) de sus lados, dado que estamos muy lejos de ser omniscientes. Por supuesto, ello no implica renunciar a buscar el conocimiento, sino todo lo contrario, pero, eso sí, teniendo en cuenta, como Cioran declara en la obra ***Sur les cimes du désespoir***, que el

> conocimiento en pequeñas dosis encanta; en dosis fuerte decepciona. Mas uno sabe, menos quiere saber. Pues, él que no ha sufrido por el conocimiento no ha conocido nada (101), ya que, como también señala en el antes citado **Le Livre des leurres,** el pensamiento debe ser virulento, como una gota de veneno o consolador como una lágrima de ángel (276).

O expresa en su obra ***Le crépuscule des pensées*:**

> El pensador tiene por fin voltear la vida en todas sus costuras, de proyectar sus facetas en todos los matices, de regresar sin cesar a todos sus escondites, de recorrer a lo largo y ancho todos sus senderos, mirando mil veces el mismo aspecto, descubriendo de **nuevo** solamente en lo que no ha visto claramente, pasando los mismos temas por todos los miembros, mezclando los espíritus en el cuerpo –él desgarra así la vida en jirones pensándola hasta el extremo.
>
> ¿No es revelador de lo que es indefinible en las insuficiencias de la vida, que sólo los pedazos de un espejo roto puedan ofrecernos su icono? (354).

Valga decir, que todo conocimiento, más si es de sí mismo, implica un riesgo, dado que no se puede alcanzar el conocimiento impunemente. Además, éste, como ya se expuso antes, es fragmentario, incompleto e incoherente.

En un sentido parecido, Cioran, en ***La Tentation d'existir*** (***La Tentación de existir***), declara: "*Los griegos se despertaron a la filosofía en el momento en que los dioses les parecieron insuficientes; el concepto comenzó donde el Olimpo terminó. Pensar es dejar de venerar, es insurgirse contra el misterio y proclamar su quiebra*" (929).

Asimismo, en la obra ***Le Mauvais Démiurge*** (***Demiurgo malo***) dice:

> El pensamiento es destrucción en su esencia. Más exactamente: en su **principio**. Se piensa, se comienza a pensar, para romper los vínculos, disolver las afinidades, comprometer la armazón de lo 'real'. No es que a continuación, cuando el trabajo de zapa está bien empeñado, que el pensamiento se recobra e insurge contra su movimiento natural (1239).

O como acertadamente ha escrito Karl Jaspers: "La Filosofía es aquella concentración mediante la cual el hombre llega a ser él mismo, al hacerse partícipe de la realidad".[4]

Es decir, que el conocimiento filosófico, primero, y el científico, posteriormente, surgieron como un esfuerzo intelectual del ser humano para tratar de explicar racional, o al menos razonablemente, los fenómenos tanto de la naturaleza física y como de la misma naturaleza humana, individual y socialmente considerada. Sin embargo, hay que tener claro que como Ludwig Wittgenstein ha dicho: "La filosofía no es una de las ciencias naturales (La palabra 'filosofía' debe significar algo que esté sobre o bajo, pero no junto a las ciencias naturales)

> (…).
>
> La filosofía delimita el campo disputable de las ciencias naturales.[5]

2. ¿ES INÚTIL LA FILOSOFÍA?

De acuerdo con Cioran, en el arriba mencionado ***Le Livre des leurres***,

---

[4] *La Filosofía desde el punto de vista de la existencia*, trad. del alemán por José Gaos, 4ª ed., México-Buenos Aires, F.C.E., 1965, p. 12.

[5] *Tractatus Logico-Philosophicus*, trad. del alemán por Enrique Tierno Galván, 2ª ed., Madrid, Alianza, 1973, p. 85, Nº 4.111 y 4.113.

hay pensadores que uno no puede leer en voz alta. Pascal es de éstos. Sus verdades deberían ser murmuradas; por otra parte, todas las contraverdades de la vida lo deberían ser.

> Frente a los **Pensées, Also sprach Zarathustra** es un sistema de ilusiones. Es necesario gritar a Nietzsche. Esto es lo que debería hacer también el heraldo de las ilusiones (229). De todas maneras, para nuestro autor, dígase lo que se diga, los pensadores permanecen sobre la superficie de la vida. No haciendo más que filtrar las ilusiones de las verdades, ellos permanecen suspendidos entre las dos. Las pasiones son la sustancia de la historia. No habido nunca hasta el presente una novela de la inteligencia. Para el orgullo de los filósofos, todo pasa: ¿pero ellos han **sido** solamente un día? César y Napoleón deben ser defendidos ante la eternidad; ellos tienen el testimonio de todas las ilusiones (229).

Por ello, nuestro autor, expresa demoledoramente, que

> nunca he comprendido por qué la filosofía goza de la consideración general, ni del respeto religioso que se le tiene... La filosofía… beneficia después de siglos y siglos de un favor que ella no merece, y cuya legitimidad debe ser puesta en duda. Será necesario convencerse un día que las verdades de la filosofía son inútiles, o que no las tiene... Tenemos todavía que descubrir lo que quiere la filosofía y lo que quieren los filósofos. Unos dicen que la dignidad de la filosofía consiste en no saber lo que quiere. No que la filosofía no tenga fundamentos, sino que no puede comenzar nada a partir de ellos... Yo no veo, por otra parte, dominio más estéril y más inútil que aquel que se cultiva por sí mismo. Estudiar los filósofos, para permanecer toda la vida en su sociedad, es comprometerse a los ojos de todos los que han comprendido que la filosofía no puede ser más que un capítulo de su biografía; morir como filósofo es una vergüenza que la muerte no puede borrar...
>
> La arrogancia de los filósofos ha sido, por largo tiempo, la de contemplar las ideas, de permanecer exteriores a éstas, de separarse del mundo ideal que ellos consideran, sin embargo, como el valor supremo. Su existencia ha imitado la esterilidad y la insipidez de las ideas. Los filósofos no viven en las ideas pero viven de ellas. Tratando vanamente de dar vida a las ideas, ellos pierden la suya. No saben –lo cual sabe el último de los poetas– que las ideas no ocultan ninguna vida (230).

Por tanto, Cioran confiesa que los

> filósofos ha comenzado a serle indiferentes desde el día en que se dio cuenta que no podía hacer filosofía más que con indiferencia, es decir, haciendo prueba de una independencia inadmisible con relación a los estados del alma. La neutralidad psíquica es el carácter esencial del filósofo. Que yo sepa Kant nunca estuvo triste. Yo no puedo amar a los hombres que no mezclan las aflicciones a los pensamientos. Así como las ideas, los filósofos no tienen destino. ¡Que cómodo es ser filósofo! (231).

Evidentemente, Cioran exagera, pues, precisamente él mismo es un filósofo que mezcla, según su propia recomendación, los sentimientos con las ideas, al igual que otros grandes filósofos como, por ejemplo, Nietzsche. No obstante tiene razón en que hay que vivir, valga la redundancia, la vida. Comprometerse en los acontecimientos personales y colectivos, "tener los pies en la tierra" y no refugiarse en "torres de marfil" (para emplear dos lugares comunes). Los intelectuales no debemos dedicarnos a hacer elucubraciones, más o menos brillantes, pero sin relacionarnos con el prójimo, ignorando sus problemas y desconociendo o permaneciendo indiferentes ante los hechos sociales, ya que el día menos pensado nos podemos llevar algunas sorpresas desagradables y descubrir que el sentido de la historia patria o universal ha cambiado sin nuestro concurso, aunque sí deberemos sufrir o aceptar las consecuencias de ello.

Seguidamente, nuestro autor señala que le resulta

inexplicable que los hombres frecuenten a los filósofos cuando sienten la necesidad de un consuelo...

> No hay nada más profundo y más misterioso que la necesidad de consolación. No puede ser definida teóricamente porque el espíritu no puede guardar nada más que un suspiro. Ningún filósofo puede consolarnos pues no posee bastante suerte para comprendernos. Y, sin embargo, los hombres buscan su comercio en razón de que imaginan, por una sospechosa ilusión, poder ser consolados por el conocimiento. Saber y consolación no se encontraran jamás. A los que tienen necesidad de consolación, los filósofos no tienen nada que proponerle. En una palabra: toda filosofía es una espera decepcionante (231). O como el mismo Cioran agrega: Los hombres (se refiere a los filósofos) no quieren agregarle la fe pero tratan de excusarlo. Como si fuera indecente de parte de un filósofo llamar las cosas por su nombre (232).

En mi opinión, Cioran tiene razón. Solamente la fe acompañada de la oración puede consolarnos de los avatares de la vida. Empero, la filosofía, o más bien una filosofía, puede de alguna manera ayudarnos a comprender e interpretar las *aporías* que se nos presenta en nuestra cotidiana existencia concreta, pero sin nunca poder darnos una respuesta consoladora definitiva frente a las que Jaspers llama *situaciones-límite,* y "que son situaciones de las que no podemos salir y que no podemos alterar. La conciencia de estas situaciones límites es después del asombro y de la duda el origen, más profundo aún, de la filosofía. En la vida corriente huimos frecuentemente ante ellas cerrando los ojos y haciendo como si no existieran",[6] tales situaciones-límite como la muerte, la pregunta sobre la trascendencia o el más allá de esta vida temporal o pasajera, la enfermedad, el dolor físico o moral, etc.

Asimismo Cioran declara:

> No hay más que una sola definición de la filosofía: la inquietud de los hombres impersonales. Y he ahí a todos los filósofos al pie del muro (232). Y añade más adelante: No existe filosofía creadora. La filosofía no crea nada. Quiero decir que ella puede proponernos un nuevo mundo, pero no lo puede hacer nacer ni fecundarlo. Todo lo que narran los filósofos parece pertenecer a un pasado superado. Ninguna obra de arte debe existir, porque toda obra de arte es un mundo en un mundo y, como tal, no tiene razón de ser en el nuestro. Ningún sistema de filosofía me ha dado el sentimiento de un mundo independiente de todo lo que no es él. Es lamentable pero es así: usted puede leer toda la filosofía del mundo, usted no sentirá convertirse en otro hombre. De entre los filósofos, excluyo evidentemente a Nietzsche que es bastante más que un filósofo.
>
> ... Las ideas que no reflejan un destino sino otras ideas no tienen ningún valor. No es del todo exacto decir que los filósofos están más cerca que los otros de las realidades esenciales. En realidad, ellos no sirven más que a las apariencias y se inclinan ante todo lo que no ha sido y que no será (la sola razón que me los hace apreciados).
>
> La arrogancia de la filosofía ha residido, largo tiempo, en la consideración de las ideas por ellas mismas. Este orgullo es casi vergonzoso. Del momento que todo lo que es no puede ser considerado en sí sino

[6] Jaspers, K., *Op. cit..*, p. 17.

> ser el reflejo esquemático de las apariencias, de las estructuras coaguladas, que poseerían su finalidad en sí, es una aberración imperdonable. El hombre no puede esperar el éxtasis más que de las apariencias. Es la única realidad. La poesía, la música y la mística sirven a esas apariencias supremas. ¿El mundo en sí? Una suma de apariencias supremas, suponiendo que esta danza de sombras tenga un límite y constituya un mundo. Que la filosofía se explique, si es posible (232-233).

Luego, la filosofía debería ser filosofía de la vida y no un metalenguaje, o sea, un lenguaje cuyo objeto es otro lenguaje (el de las ideas), ya que como afirma Cioran:

> Para tener recuerdos, es necesario tomarlos prestados a la noche ardiente del espíritu. Pues ningún ojo les descubrirá en la noche interior. Uno no ve en la noche más que a costa de la vista.
>
> (...).
>
> Haber atravesado lugares donde nadie ha estado, para que nuestras huellas formen una pista. Que nuestra vida sea un camino a través de los lugares poco frecuentados del alma.
>
> (...).
>
> Es así que comprendo un alma grande: no es ella la que le da un sentido personal al mundo sino el mundo que tiende hacia ella como hacia su centro. Como si las aguas, las montañas y los hombres convergieran en ella... Las vibraciones de un alma grande trastornan las soledades de su contorno... Tener un estilo interior significa que el mundo interior es entero; que el mundo es un flujo. No pudiendo nacer en ti, es como si el deseara morir en ti...
>
> (...).
>
> ¡Cuando pienso en lo poco que he podido extraer de los grandes filósofos! Nunca he tenido necesidad de Kant, de Descartes o de Aristóteles; ellos que no han pensado más que para nuestras horas monótonas y nuestras dudas autorizadas. Pero yo me he detenido en Job, con una piedad filial.
>
> (...).

> Cuando pienso en todas las verdades que vendrán después de mí; y decir que no he perdido nada... Hay tantas verdades que no nos han dicho nada y que no tiene nadie a quien decir todavía que ellas dependen más de la mentira que del error. Pero, ¿hemos vivido con verdades y errores? Yo mismo no he estado más allá de la verdad y del error, en la intersección de los cuales se encuentra esa tierra condenada a las verdades vanas y a los errores mediocres (233-237).

Del texto transcrito *in extenso,* puede deducirse que, en opinión de Cioran, toda filosofía debe ser el resultado de una reflexión no simplemente racional, basada en los grandes sistemas filosóficos, o dirigida a crear uno, sino que más bien debe consistir en una búsqueda en nuestra propia alma interior, a fin de que la conciencia de nuestra finitud o de la inexorabilidad de la muerte, del sufrimiento físico y/o moral y la vivencia del desamparo existencial (sólo atenuado por una determinada fe o creencia religiosa), nos lleve a encontrar o a construir nuestra propia senda en el ámbito filosófico, pero sin pretender que ésta sea aceptada o seguida por los demás.

En consecuencia, para nuestro autor, las

> esencias son una superstición del espíritu filosófico. Uno no se puede privar de ellas sin comprometerse, aunque en el fondo muchos no quieren escapar de su tiranía… Presuponiendo, sin embargo, que uno sepa qué es lo esencial, no sabrá empero, que lo es más…
>
> El mundo de las esencias no parecería tan aterrorizador si las esencias permanecieran en el corazón de la vida o si, por las esencias, yo permaneciera en su corazón. El progreso en lo esencial es una regresión en la vida. Retrocedemos, sin profundizar en ella, y saliendo de ella la abandonamos. Dígase lo que se diga, la plenitud de la vida no existe más que en las ilusiones, puesto que, en el fondo, todo es ilusión. El hombre ama las ilusiones, aunque por el pensamiento, él se haya esforzado en vano por liberarse. Sabe que si un día, él debiera elegir, una vez por todas, entre las ilusiones y la esencia, elegiría aquéllas y se lamentaría de ésta. El contenido fugitivo de las ilusiones es un mejor alimento para la vida que la ilusión sustancial de las esencias.
>
> Eso hace que desde largo tiempo se crea que las ilusiones son reflejos efímeros de las esencias. Condicionamiento difícil de creer e imposible de cercar. Las esencias no nos han ayudado a comprender más ni a vivir mejor (quiero decir más **esencialmente**).

> Entre la infinidad de ilusiones, una suma cualquiera ha cristalizado, alcanzando la autonomía de las otras y determinando un centro sustancial. Una vez consolidada y purificada de la palpitación inherente a la ilusión individual, ella efectúa un salto sustancial fuera del mundo de las otras, colocándose fuera del nuestro... No es necesario ser filósofo para 'realizar' tales esencias y para tener acceso a ellas (248-249).

Valga decir que, en última instancia, para Cioran, esencias e ilusiones son la misma cosa, salvo que las primeras son ilusiones consolidadas o cristalizadas, o sea, aceptadas por la generalidad de los seres humanos en un contexto espacio-temporal, y de ellas se ocupa la filosofía, aunque Platón trató de diferenciarlas reconociendo a las primeras, a las ideas, como verdaderas y a las otras como simples copias de éstas, aunque como dice Cioran: Aquel que ha todo pensado sin convertirse en un mendigo se llama, en el lenguaje terrestre, un filósofo. Pues, aun si los filósofos piensan en otro mundo, ellos son, sin embargo **ineptos** (276), dado que:

> Quien ha comprendido que este mundo no supera la condición de las ilusiones no tiene más que dos salidas: hacerse religioso, evadiéndose del mundo, o salvar al mundo, destruyéndose. El sacrificio de nuestra vida es la concesión que hacemos a la tierra. Las ilusiones también tienen su altar. Y las sombras se nutren de nuestra sangre y de nuestras renuncias. ¿Capitulaciones y cobardías ante la eternidad hacen el esqueleto del mundo al cual nos entregamos? ¿O bien no respondemos más que a una tentación? ¿Las ilusiones me poseerían enteramente? ¿Podría poner mi angustia al servicio exclusivo de las apariencias? Engañándome, yo las salvaría, y esto no será más que un engaño entre otros (277).

Lo antes expuesto me recuerda lo que en el siglo II d. C. escribía el filósofo estoico y emperador romano Marco Aurelio Antonino: "¡Cuán presto se desvanece todo! ¡Ay! ¡El hombre en el teatro de la vida y su memoria en la sucesión de los siglos! Del mismo modo se desvanecen todos los objetos que distraen nuestros sentidos y más aún los que nos ceban con el pasto del placer, nos aterrorizan ante la idea del dolor o nos adulan nuestra vanidad. ¡Cuán frívolo, despreciable, vil, corruptible y pútrido nos parece todo eso a la luz de la razón!".[7]

[7] *Pensamientos de Marco Aurelio,* trad. castellana por Joaquín Delgado, París, Garnier , s/f., lib. II, XII, p. 23.

Según Cioran, en su obra ***Le Crépuscule des pensées,*** la

> mediocridad de la filosofía se explica por el hecho de que uno no puede reflexionar más que con base en la temperatura. Cuando uno domina su fiebre, uno acomoda los pensamientos como marionetas, uno hala las ideas por el hilo y el público no rechaza la ilusión. Pero cuando la mirada sobre sí mismo es incendio o naufragio, cuando el paisaje interior muestra la suntuosa destrucción de las llamas danzando en el horizonte de los mares– entonces se escapan pensamientos que son como columnas atormentadas por la 'epilepsia' del fuego interior (346-347). Y un poco más adelante agrega: No hay placer más grande que el de creer que uno ha sido filósofo y que uno ha dejado de serlo.
>
> Sufrir significa **meditar** sobre una sensación de dolor; filosofar, meditar sobre esta meditación.
>
> El sufrimiento es la ruina del concepto: una avalancha de sensaciones que rechazan toda forma.
>
> Todo en filosofía es de segundo, de tercer rango... Nada de **directo**. Un sistema se construye de derivaciones sucesivas, él mismo siendo la derivación por excelencia. El filósofo no es nada más que un genio **indirecto** (348).

O sea, que la filosofía es un metalenguaje que se superpone sobre (o tiene como objeto de reflexión) un lenguaje de primer grado. Filosóficamente hablando no se vive una experiencia (la vivencia de la meditación) sino que se reflexiona sobre ésta. Es así que como afirma Wittgenstein: "La filosofía no es una teoría, sino una actividad.

> Una obra filosófica consiste esencialmente 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.[8]

[8] Wittgenstein, L., *Op. Cit*., p. 85, Nº 4.112.

En la misma línea de argumentación que ha venido sosteniendo, Cioran escribe en el ***Bréviaire des vaincus*** (***Breviario de los vencidos***):

> Yo mido la profundidad de una filosofía según la medida del deseo de vagar que ella expresa y que ella **huye**. Todo sistema de reflexión que no oculta los defectos propios, en cada lugar favorece respiraciones mediocres, ansiedades acomodadas. Cuando **otra cosa** nos preocupa, el edificio del pensamiento embota la pasión de la vagancia y pone una sordina a la obsesión del espacio. Reflexionar es de toda forma **permanecer**. ¿No se dice en ese sentido 'no sería malo esperar'? El miedo de partir al azar, de ir hacia **otra parte** desconocida, despierta instintos mezquinos y escapamos en refugios teóricos al infinito inmediato del corazón. El orden en el pensamiento es la traba del corazón. Su muerte. Si nosotros lo desbridamos, ¿a dónde iríamos? **A ninguna parte** es su ley, **aquí** es la del sistema.
>
> Colocando una malla a las ideas descartamos el peligro. Y al mismo tiempo la volatilidad del yo. Nos solidificamos. El barro del espíritu se fija. La inspiración frenada toma forma y la libertad gime. Los pensamientos se anudan en un largo suspiro del corazón. Ellos se ajustan sobre el cadáver de la inmortalidad. ¿Les abandonaremos a su suerte, sin concluirles, para salvarnos en el mundo sin fin? La tentación no es menor que el temor (568-569).

Así, pues, toda meditación debe ser libre de cualquier sistema, y nacer, espontáneamente (en lo posible), de nuestro propio ser interior, y debemos arriesgarnos a llevarla hasta el fin, hasta las "últimas consecuencias", nos agraden o no los resultados a obtener.

3. ¿ENTRE LA SANTIDAD Y LA FILOSOFÍA?

En contradicción con parte de lo expuesto hasta ahora, el autor *in commento*, en el mismo ***Le Livre des leurres***, afirma:

> **Creer** a la filosofía es signo de buena salud. Lo que no lo es, es ponerse a **pensar** (298). Y aunque sostiene que: "El gran mérito de Nietzsche es de haber sabido defenderse **a tiempo** contra la santidad. ¿En qué se habría convertido si él hubiera dado libre curso a sus tendencias naturales? Un Pascal con además todas las locuras de los santos" (298),

por otra parte, escribe:

> Al lado de Aristóteles, un santo es analfabeta. ¿Por qué, en este caso, nos parece que tendríamos más que **aprender** de este último? La filosofía **no tiene respuesta.** Ante ella, la santidad es una **ciencia exacta.** Pues ella aporta respuestas positivas y precisas a las interrogantes a las cuales los filósofos no han tenido el coraje de elevarse. La santidad tiene como **método** el dolor y su fin es Dios. Como ella no es ni práctica ni cómoda, los hombres la han relegado al dominio de lo fantástico y la adoran a distancia. Ellos guardan cerca de ellos a la filosofía a fin de poder despreciarla. Sobre este punto los mortales demuestran inteligencia. Pues todo lo que es vivo en filosofía se reduce a préstamos hechos a la religión.
>
> Los filósofos tienen la sangre **fría**. No hay calor más que en la vecindad de Dios. Nuestra naturaleza, por todo lo que ella carga de siberiano, exige los santos (299).

Es decir, para remediar nuestra incertidumbre existencial, la filosofía no tiene nada que ofrecernos, a menos que quien filosofa esté consciente que las preguntas que la vida temporal y finita nos plantea a todos los seres humanos, no tienen repuestas definitivas, o sea, que son *aporías*, pues, como el mismo Cioran declara:

> Nada más fácil que de desembarazarse de la herencia filosófica, pues la filosofía tienen raíces que se detienen en nuestras incertidumbres, mientras que las raíces de la santidad superan en profundidad el sufrimiento en sí mismo. El supremo coraje de la filosofía es el **escepticismo**. Más allá de éste, ella no reconoce más que el caos.
>
> Un filósofo no escapa a la mediocridad más que por el escepticismo o la mística, estas dos formas de la desesperación ante el **conocimiento**. La mística es una evasión fuera del conocimiento, el escepticismo es un conocimiento sin esperanza. Dos maneras de decir que el **mundo** no es una solución (299).

Y en el ya mencionado **Bréviaire des vaincus**, nuestro autor dice:

> Nosotros nos perdemos en los textos y la terminología: la **meditación** es un dato desconocido en la filosofía moderna. Si queremos conservar una decencia intelectual, el entusiasmo por la civilización debe ser expulsado de nuestro espíritu, así como la superstición de la Historia. Porque con relación a los grandes problemas, no tenemos ninguna ventaja sobre nuestros ancestros o sobre nuestros predecesores más

> recientes: uno ha sabido siempre **todo**, al menos en lo que concierne a lo Esencial; la filosofía moderna no agrega nada a la filosofía china, hindú o griega. Por otra parte, no habría un **problema nuevo** a pesar de nuestra ingenuidad o nuestra infatuación que quisiera persuadirnos de lo contrario. En el **juego de las ideas**, ¿quién iguala nunca a un sofista chino o griego, quién lleva más lejos que él la osadía en la abstracción? Todos los extremos del pensamiento siempre fueron alcanzados, y en todas las civilizaciones. Seducidos por el demonio de lo Inédito, olvidamos demasiado rápido que somos los epígonos del primer pitecántropo que se puso a reflexionar (706- 707).

Entonces, a la filosofía le corresponde asumir el análisis de esas *aporías* a las cuales se ha hecho referencia, o sea, plantearse las interrogantes sobre los temas esenciales al ser humano, pero a sabiendas de que no hay respuestas razonablemente satisfactorias más que desde la perspectiva de la fe y de acuerdo con cada creencia religiosa. Es decir, la filosofía debe contribuir a hacer presente al ser humano –obnubilado por los placeres, alienando por los medios de comunicación social o dominado por la preocupación por sobrevivir, dada la precariedad de los recursos de que dispone para su subsistencia vital–, la necesidad de meditar sobre su destino trascendental o sobre el sentido que debe atribuir a su existencia temporal.

4. ¿CUÁLES SON LOS TIPOS O MODELOS DE FILÓSOFOS?

Cioran sostiene**:**

> Nos intrigan entre los filósofos sólo aquellos que, exasperados por los sistemas, partieron a la búsqueda de la felicidad. Así nacen las filosofías crepusculares, más consoladoras que las religiones, pues ellas nos liberan de todas las prohibiciones. Una dulce lasitud emana de ellas; se diría una cuna de incertidumbres, bien necesaria después de la frecuentación insalubre de los santos.
>
> El escepticismo es el asombro ante el vacío de los problemas y de las cosas. Solamente los antiguos han sido verdaderos escépticos. Sus dudas impregnadas de una dulzura otoñal y de una felicidad desengañada tenían estilo, como todas las cosas delicadas en su declinación.
>
> El solo mérito de los filósofos es de haber **de un tiempo a otro** enrojecido de ser hombres. Platón y Nietzsche son la excepción: su vergüenza no ha **jamás** cesado. El primero ha tratado de arrancarnos del

> mundo, el segundo de hacernos salir por sí mismos. Ambos podrían remontar a los santos. Así, el honor de la filosofía está a salvo (300).

Luego, como con relación a los problemas y situaciones fundamentales que atañen al sentido de la existencia humana

> no existe solución a ningún problema ni salida a ninguna situación, estamos reducidos a girar en redondo. Los pensamientos alimentados por el sufrimiento toman la forma de **aporías**, ese claro-oscuro del espíritu. La suma de los insolubles lanza una sombra temblorosa sobre las cosas. Lo incurablemente serio del crepúsculo... (305),

pues, como expone en su obra ***Le Créspuscule des pensées,*** los "*filósofos son pobres agentes de lo absoluto, pagados por la contribución de nuestras penas; ellos han hecho profesión de tomar el mundo* ***en serio***" (353).

Y según su opinión lo que

> distingue los filósofos antiguos de los modernos –diferencia muy sorprendente y muy desfavorable a los últimos– surge de que éstos han filosofado en su mesa de trabajo, en la oficina, mientras que aquéllos en los jardines, los mercados o a lo largo de yo no sé cuál orilla del mar. Y los antiguos, más perezosos, permanecían largo tiempo acostados, pues sabían que la inspiración llega horizontalmente: ellos **esperaban** así los pensamientos, que los modernos fuerzan y provocan por la lectura, dando la impresión de no haber conocido jamás el placer de la irresponsabilidad meditativa, sino de haber organizado sus ideas con una aplicación de empresarios. De ingenieros alrededor de Dios.

Muchos espíritus han descubierto el Absoluto porque tenían cerca de ellos un canapé.

> Cada posición de la vida ofrece otra perspectiva: los filósofos conciben un otro mundo porque, de ordinario encorvados, se han cansado de mirar a este (361).

Dura requisitoria –plenamente justificada– en contra de la mayoría de los filósofos contemporáneos, y, en particular, en contra de la filosofía académica, de gabinete, alejada de la vida social y sus conflictos intrínsecos, que afectan la existencia cotidiana de los seres humanos, considerados tanto individual como colectivamente.

Más adelante, nuestro autor señala:

> Dos tipos de filósofos: los que reflexionan sobre ideas, y los que reflexionan sobre ellos mismos. La diferencia del silogismo en la desgracia...
>
> Para el filósofo objetivo, sólo las ideas tienen una biografía; para el filósofo subjetivo, sólo la autobiografía tiene ideas: uno está predestinado a vivir al lado de las categorías, o de sí mismos. En última instancia, la filosofía es la meditación poética de la desgracia (375).

Así, pues, la filosofía ha de ocuparse de la condición humana concreta y, por ende, de los problemas existenciales de los seres humanos y no constituir una pura reflexión sobre un mundo ideal alejado de éstos, ya que, como hace mucho tiempo, escribió el filósofo estoico Marco Aurelio: "¿Cuál es la duración de la vida del hombre? Un punto en el espacio. ¿La substancia? Variable. ¿Las sensaciones? Obscuras.

> …Su vida es un combate perpetuo, un descanso en tierra extranjera, y su fama después de la muerte, un olvido absoluto.
>
> ¿Cuál es lo único que puede facilitarle su viaje en este mundo? La filosofía.[9]

Cioran vuelve sobre una distinción que al comienzo habíamos expuesto, cuando escribe:

> El filósofo piensa en la **Divinidad**, el creyente en **Dios**. Uno en la esencia, el otro en la persona. La divinidad es la hipóstasis abstracta e impersonal de Dios. La creencia siendo un **trascendente inmediato**, extrae su vitalidad de la ruina de la esencia. La filosofía no es más que una alusión existencial, así como la divinidad un aspecto **indirecto** de Dios (377). En realidad, de acuerdo con el autor, al leer los filósofos, uno olvida al corazón humano, pero al leer los poetas, uno no sabe cómo desembarazarse.
>
> La filosofía es demasiado **soportable:** es éste su gran defecto. A ella le falta pasión, alcohol, amor (416). Por ello agrega: Cuando todos los pensamientos se han ahogado en la sangre, de filósofo uno se encuentra como abogado del corazón (422).

[9] Marco Aurelio, *Op. Cit.*, lib. II, XVII, pp. 26-27.

En consecuencia, la

> necesidad de probar una afirmación, de proseguir los argumentos de todas las partes, supone una anemia del espíritu, una incertidumbre de la inteligencia y de la persona en general. Cuando un pensamiento nos agarra con fuerza y violencia, surge de la sustancia de nuestra existencia; probarlo, cercarlo mediante argumentos, equivale a debilitarle y a dudar de nosotros mismos. Un poeta o un profeta no demuestran nada, pues su pensamiento es su ser; la idea no se distingue de su existencia. El método y el sistema son la muerte del espíritu. Incluso Dios piensa en fragmentos: pero fragmentos absolutos.
>
> Cada vez que uno trata de probar cualquier cosa, uno se sitúa fuera del pensamiento, **al lado** de él, no por encima. Los filósofos viven paralelamente a sus ideas; ellos las siguen pacientes y dóciles, y si ellos la reencuentran a veces, no están jamás **dentro**.
>
> ¿Cómo se puede hablar del sufrimiento, de la inmortalidad, del cielo y del desierto, sin **ser** sufrimiento, inmortalidad, cielo y desierto?
>
> Un pensador debe ser **todo** lo que dice. Se aprende esto de los poetas, y de las voluptuosidades y dolores que se experimentan viviendo (425-426).

Dado que como socráticamente se pregunta y se responde Cioran: *¿Qué es un artista? Un hombre que sabe todo - sin darse cuenta. ¿ Un filósofo? Un hombre que no sabe nada, pero que se da cuenta. En el arte todo* ***es posible****; en la filosofía... ella no es más que la deficiencia del instinto creador en provecho de la reflexión*" (422), razón por la cual Cioran proclama: *"No-filosofía: las ideas sofocan el sentimiento*" (442).

Vemos, pues, que en los hermosos párrafos que anteceden se reitera una de las tesis centrales o fundamentales de Cioran, como es la de oponerse a toda filosofía sistemática y sostener que la meditación filosófica debe hacerse siempre sobre los problemas radicales de la existencia humana, guiados más por el sentimiento que por la fría reflexión, alejada de las grandes preguntas que atenazan a todos los seres humanos, los cuales, sin embargo, raramente se detienen un momento, en el diario trajinar, para preguntarse qué sentido tiene su (o nuestra) existencia terrenal y si hay o no una trascendencia. Es por eso, que dicho autor bellamente escribe:

> Después de haber leído los filósofos, uno se vuelve hacia niñadas absolutas del espíritu, murmurando una oración para abrigarse en ella.
>
> Es como si un último resto de la sustancia pura de la noche, aquella que Dios ha contemplado con sus ojos por primera vez, terminara en ti... (462).

Y asimismo pertinentemente añade:

> Se dice: un tal conoce a Spinoza, o Kant, etc. Pero no he escuchado a nadie decir: ese **conoce** a Dios. Y sin embargo, sólo esto puede interesar (463).

O sea, que los hombres y las mujeres olvidamos ocuparnos de lo fundamental y esencial por estar preocupados de ir en pos de lo pasajero y accidental, y así, entretenidos en esa rutina, llegamos al final de nuestra existencia temporal con la mente y el corazón vacíos, pero, eso sí, con las manos llenas de cosas superfluas. Hemos *tenido*, pero no hemos *sido*. Hemos conjugado el verbo *haber* o *tener* pero no el verbo *ser*.

5. ¿CUÁL ES LA ORIGINALIDAD DE LOS FILÓSOFOS?

En la obra ***Précis de décomposition*** (**Compendio de descomposición**) Cioran acertadamente expone:

> (Los grandes sistemas no son en el fondo que brillantes tautologías. ¿Cuál es la ventaja de saber que la naturaleza del ser consiste en la 'voluntad de vivir', en la 'idea', o en la fantasía de Dios o de la Química? Simple proliferación de palabras, sutiles desplazamientos de sentido. A lo que **es** le repugna al abrazo verbal y la experiencia íntima no nos revela nada más allá del instante privilegiado e inexpresable. Por otra parte, el ser mismo no es más que una pretensión de la Nada.
>
> Uno no define más que por desesperación. Es necesaria una fórmula; es necesario incluso mucho más, aunque no sea más que para dar una justificación al espíritu y una fachada a la nada.
>
> Ni el concepto ni el éxtasis son operantes...
>
> Las cosas que tocamos y las que concebimos son tan improbables como nuestros sentidos y nuestra razón; nosotros no estamos **seguros** sino en nuestro universo verbal, manipulable a placer e ineficaz. El ser es mudo y el espíritu hablador. Esto se llama **conocer**.

> La originalidad de los filósofos se reduce a inventar términos. Como no hay más que tres o cuatros actitudes ante el mundo –y más o menos otras tantas maneras de morir–, los matices que les diversifican y les multiplican no tienden más que a la elección de vocablos, desprovistos de todo alcance metafísico.
>
> Estamos hundidos en un universo pleonástico, donde las interrogantes y las réplicas se equivalen) (623- 624).

Al respecto vale la pena señalar que Wittgenstein ha escrito:

> La mayor parte de las proposiciones y cuestiones que se han escrito sobre materia filosófica no son falsas, sino sin sentido. No podemos, pues, responder a cuestiones de esta clase de ningún modo, sino solamente establecer su sinsentido.
>
> La mayor parte de las cuestiones y proposiciones de los filósofos proceden de que no comprendemos la lógica de nuestro lenguaje.
>
> (Son de esta clase de cuestiones de si lo bueno es más o menos idéntico que lo bello.)
>
> No hay que asombrarse de que los más profundos
>
> problemas *no* sean propiamente problemas.[10]

Cioran hace también una significativa comparación entre los filósofos y las prostitutas, al decir:

> El filósofo, de regreso de los sistemas y de las supersticiones, pero perseverando todavía en los caminos del mundo, debería imitar el pirronismo[11] de la acera, del cual es muestra la criatura menos dogmática: la mujer pública. Separada de todo y abierta a todo... ella propone al

[10] *Op. Cit.* p. 71, Nº 4.003.

[11] Cioran alude aquí al escepticismo que como doctrina filosófica desarrolló Pirrón de Elis (360-270 a.C.). En general, quienes adhieren al escepticismo ponen en duda la posibilidad de alcanzar o demostrar la verdad de lo que se conoce. Sobre el escepticismo, Wittgenstein ha dicho que éste "*no* es irrefutable, sino claramente sin sentido si pretende dudar allí en donde no se puede plantear una pregunta.
"Pues la duda sólo puede existir cuando hay una pregunta; una pregunta, sólo cuando hay una respuesta, y ésta únicamente cuando se *puede decir* algo" (*Op. Cit.* p. 201, Nº 6.51).

> espíritu un modelo de comportamiento que rivaliza con el de los sabios. Ser sin convicciones respecto de los hombres y de sí misma, tal es la elevada enseñanza de la prostitución, academia ambulante de lucidez, al margen de la sociedad como la filosofía. 'Todo lo que yo sé lo he aprendido en la escuela de las mujeres públicas'; debería gritar el pensador que acepta todo y refuta todo, cuando, siguiendo su ejemplo, se ha especializado en la sonrisa fatigada, cuando los hombres no son para él más que clientes y las aceras del mundo el mercado donde vende su amargura, como sus colegas, su cuerpo (651-652).

Y en otra obra ya mencionada, ***Syllogismes de l'amertume,*** afirma en forma sumamente irónica:

> Una moda filosófica se impone como una moda gastronómica: uno no rechaza una idea más que una salsa (755).

Vemos, entonces, que el autor en análisis, critica que hoy en día se considere a las investigaciones filosóficas como originales, y, por ende, exitosas, si conducen a la creación de nuevos términos para aludir a conceptos y a realidades fenomenológicas conocidas o experimentadas por los seres humanos desde siempre. Es decir, que muchos de los filósofos contemporáneos habitan en un universo de palabras y alejados de las vidas de sus prójimos.

Igualmente, Cioran vuelve sobre los temas que le son caros:

> La muerte plantea un problema que sustituye a todos los demás. ¿Qué de más funesto para la filosofía, a la creencia ingenua en la jerarquía de perplejidades?
>
> La filosofía sirve de antídoto para la tristeza. Y muchos creen todavía en la **profundidad** de la filosofía.
>
> (...).
>
> La angustia era ya un producto corriente en el tiempo de las cavernas. Uno se imagina la sonrisa del hombre de Neandertal, si él hubiera previsto que los filósofos vendrían un día a reclamar la paternidad.
>
> El error de la filosofía es ser demasiado **soportable**.
>
> (...).
>
> ¿Cómo se puede ser filósofo? ¿Cómo tener el descaro de enfocar al mismo tiempo a la belleza, a Dios, y al resto? El espíritu se infla y

> brinca sin vergüenza. Metafísica, poesía, impertinencias de un piojo... (757).

Y más adelante apunta: "*El filósofo "general" olvida a sus expensas que de un sistema solamente sobreviven las verdades dañinas*" (761).

Por otra parte, en la antes citada obra ***Le mauvais démiurge,*** Cioran también expone:

> Lo que queda de un filósofo, es su temperamento, lo que hace que **olvide,** que se dedique a su contradicciones, a sus caprichos, a reacciones incompatibles con las líneas fundamentales de su sistema. Si persigue la verdad, que se emancipe de toda preocupación de coherencia. Él debe expresar lo que piensa y no lo que ha **decidido** pensar. Entre más vivo, más se dejará ir por sí mismo, y no sobrevivirá más que si no tiene nada en cuenta lo que **debería** creer (1255).

Valga decir, que: "*Se debería filosofar como si la 'filosofía' no existiera, a la manera de un troglodita deslumbrado o azorado por el desfile de las plagas que se desarrollan ante sus ojos*" (1258). O sea, que se debería filosofar, de ser ello posible, a partir de cero.

En fin, en el ***Glossaire*** (***Glosario***) hace algunas consideraciones sumamente interesantes referidas, parcialmente, a Nietzsche. Así, por una parte dice:

> Yo creo que la filosofía no es posible más que en tanto 'fragmento'. En forma de explosión. No es posible, en adelante, ponerse a elaborar un capítulo tras otro, bajo la forma de un tratado. En este sentido, Nietzsche ha sido eminentemente liberador. Fue él quien ha saboteado el estilo de la filosofía académica, que obedece a la idea de sistema. Ha sido un liberador, porque después de él, se puede decir todo... Ahora, somos todos fragmentistas, incluso cuando escribimos libros en apariencia coordinados (1766),

y, por la otra, expresa que:

> Se puede decir que la filosofía está, en el fondo, disociada (de la realidad); ella se ha convertido en una actividad en sí. ¿Qué significa esto? Que aun antes de abordar un problema, ella toma la palabra, y cree, de tal suerte, decir alguna cosa sobre la realidad. Aquel que 'inventa' la palabra 'descubre' a veces la realidad pero, a mi juicio, ésta no es la buena vía; ella puede ser extremadamente peligrosa. Es

> por esto que creo que en filosofía no es necesario inventar sin cesar palabras nuevas, términos técnicos. Nietzsche no ha creado palabras, lo que no disminuye su obra. Todo lo contrario: esta tecnificación es el gran peligro de la filosofía universitaria y es lo que la aleja de las cosas (1771).

Así, pues, para Cioran el quehacer filosófico debe estar vinculado a la vida y dirigido a guiar u orientar al ser humano frente a los problemas fundamentales de su existencia. Debe cultivarse una filosofía vital, centrada en dichos problemas. Por supuesto, sin olvidar o ignorar que, tanto en el planteamiento de los mismos como en la presentación de las posibles soluciones, existirá siempre la pretensión, de parte de algunos filósofos, de que sus doctrinas y las respuestas que ofrecen sean consideradas *sub specie aeterni*, aunque a lo más sólo consigan, en verdad, consolidarse *sub specie temporis,* es decir, vinculadas, necesariamente, a un determinado contexto espacio-temporal, y destinadas, por ende, a ser superadas –o al menos refutadas– por las soluciones a los referidos problemas elaboradas conforme a otras concepciones axiológicas.

CONCLUSIÓN

En síntesis, la lectura de la vasta obra filosófica de Cioran nos revela la presencia de un pensador sumamente lúcido que, en el transcurso de su fecunda vida intelectual, acometió con originalidad el análisis de esas cuestiones humanas esenciales a las cuales anteriormente se ha hecho alusión. Al hacerlo, nos ha interpelado a cada uno de nosotros (pero interrogándose también a sí mismo, sin ninguna indulgencia), de tal manera que fuéramos capaces de detenernos a reflexionar tanto sobre el sentido de nuestra existencia personal concreta como sobre el destino del género humano, en una época en la que la violencia entre los seres humanos se ha hecho omnipresente y, por tanto, pareciera hacernos indiferentes o insensibles, cuando no omisivamente culpables, ante el sufrimiento de millones de nuestros semejantes.

Conflicto entre derechos: Comentarios sobre conflictos jurídicos en la Constitución venezolana

Juan Carlos PRÓ RÍSQUEZ[*]

Si la ley es ambivalente, nos servimos de ella de manera que se pueda volver e interpretar en uno de lo dos sentidos y se adapte tanto a lo que es justo como a lo que es conveniente.

Aristóteles[1]

SUMARIO:

Introducción

1. **Conflicto de Derechos: 1.1** *Doctrina:* **1.1.1** Soluciones que reconocen el conflicto. **1.1.1.1** Categorización de derechos: Método de los Derechos

[*] **Universidad Central de Venezuela,** Abogado *magna cum laude*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, Profesor de Derecho del Trabajo desde 1997, de Derecho Civil I (Personas) 1995-1999. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Escuela de Administración y Contaduría, Profesor de Derecho Privado III (Derecho del Trabajo) 1998-2000. **Southern Methodist University**, Maestría en Derecho. **jc.pro@macleoddixon.com.ve**

[1] Aristóteles; *Retórica*, Libro I, Capítulo 15, 1375a/1376ª, en *Obras*. Traducción del griego por Francisco de P. Samaranch, 2ª Edición, Madrid, Aguilar, 1973, p. 147.

Preferidos. **1.1.1.2** La ponderación o *balancing*. **1.1.2** Soluciones que no reconocen la posibilidad de conflicto. **1.2** *Jurisprudencia*.

2. Breve reseña sobre el derecho del trabajo como derecho humano fundamental.

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

De los diversos temas tratados en nuestros estudios en el Doctorado en Ciencias, mención Derecho, de la Universidad Central de Venezuela, nos pareció de sumo interés revisar el posible conflicto de derechos que podría surgir entre las normas constitucionales previstas en un mismo cuerpo normativo. El cómo valorar o privilegiar algunas normas sobre otras, o la posibilidad de ponderar el posible conflicto que pudiera crearse entre los derechos que la propia Constitución establece, nos pareció un asunto novedoso dentro del desarrollo del derecho constitucional contemporáneo en Venezuela.

En nuestra investigación, encontramos que existen diversas corrientes doctrinarias que tratan de argumentar sobre la posible solución a la hora de resolver el mencionado conflicto de derechos. Las normas consagran derechos, y en determinados casos, esos derechos pueden resultar contradictorios. Por ejemplo, en el caso del derecho a la intimidad del trabajador, objeto de nuestra tesis doctoral en preparación, y el derecho a la libertad económica y fiscalización del patrono, pareciera que pudiera presentarse una colisión de derechos.

Creemos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[2] ("Constitución vigente") privilegia algunos derechos en su propio texto, de conformidad con el llamado método de los derechos preferidos que desarrollaremos más adelante, como lo serían los derechos humanos previstos en su artículo 23[3] (entre los que destaca el derecho al trabajo, como derecho humano fundamental, a veces también catalogado como "derecho social"); las normas relativas a los pactos y tratados para la integración latinoamericana y caribeña prevista en

[2] *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (GORBV) N° 5.453 Extraordinario (E), de fecha 24 de marzo de 2000.

[3] El referido artículo señala expresamente lo siguiente: "Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a 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 esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público" (cursivas nuestras).

el artículo 153 de la Constitución vigente;[4] y la imposibilidad de restringir ciertos derechos aun en casos de estado de excepción, señalados en el artículo 337[5] *ejusdem*.

En la típica relación laboral, es decir, aquella en la que una persona natural presta servicios subordinados a su patrono, los actores de la mencionada relación no siempre pueden deslindar con facilidad los límites entre el derecho constitucional a la intimidad y a la privacidad que tiene el trabajador, como todo ciudadano, del poder de fiscalización y control que asiste al empleador sobre sus medios de producción y sobre los prestadores de servicios en su vida laboral. Creemos que el Derecho del Trabajo moderno debe estudiar con especial interés la ampliación y desarrollo de los derechos del trabajador como persona y ciudadano frente a su patrono, en relación con su entorno en la empresa, a lo que se refiere como ciudadanía en la empresa;[6] así como los remedios otorgados por las normas jurídicas, y aplicados por los tribunales, para la efectiva protección de los derechos del trabajador como toda persona natural, y en contrapartida, el derecho patronal de dirigir el funcionamiento de la actividad económica lícita a la que ha decidido dedicar su función empresarial.

---

[4] Artículo 153: "La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y *de aplicación directa y preferente a la legislación interna*" (cursivas nuestras).

[5] El artículo 337 señala lo siguiente: "El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, *salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles*" (cursivas nuestras).

[6] Jeammaud, Antoine: *Los derechos de Información y Participación en la Empresa. La ciudadanía en la empresa*. En: *Autoridad y democracia en la empresa.* Fundación 1º de mayo, Editorial Trotta, Madrid, 1992, p. 179.

Los poderes directivos del patrono son complejos, pues como señalan Aparicio y Baylos,[7] abarcan "tanto el poder mismo de organización de la prestación, es decir, el poder de dirección, como el poder disciplinario, el poder de sancionar, sin el cual las facultades directivas y de control no son nada, lo que inevitablemente da lugar a una relación desequilibrada en la respectiva posición de las partes". Este poder patronal deriva de su propiedad, o del uso que le da con ánimo de dominio, de los medios de producción; y por ello fija por sí mismo el interés de sus operaciones, la forma y la dirección de cómo se regirá su propio negocio, y de ahí que la productividad, dirigida y controlada por el patrono, se convierte en el valor al que deben servir todos los factores que integran la producción. Por ello el empleador necesita de las herramientas legales para comprobar, controlar y fiscalizar que las operaciones de su empresa, explotación, establecimiento o faena, van dirigidas a los fines por él establecidos y queridos; y requiere, ciertamente, de poderes de policía sobre su estructura productiva, lo cual incluye su vigilancia y control sobre la actividad laboral desplegada por sus trabajadores en ejercicio de las referidas funciones. Sin embargo, compartimos la idea que los referidos poderes están limitados a las medidas directamente relacionadas con la ejecución de la prestación del servicio, o con la propia organización productiva debido a las exigencias organizativas o técnicas del propio trabajo, los cuales deben ser ejercidos de forma respetuosa en relación con la dignidad e intimidad del trabajador, con el objetivo único de comprobar el cumplimiento del trabajo o mejorar la organización productiva.

En efecto, el trabajador que presta sus servicios necesita, con base en la evidente desigualdad legal producto de la subordinación y de su deber de fidelidad laboral, de una protección jurídica adecuada para salvaguardar sus derechos que, como persona, la propia Constitución le otorga. También se requiere vigilar que los derechos constitucionales otorgados al trabajador no se conviertan en simples enunciados de principios, vacíos de contenido, y evitar así que las referidas protecciones sean consideradas como normas que sólo sirven de fachada a un estado pleno de derecho. El ejercicio legítimo de esos derechos lleva vinculado un conjunto de límites a los poderes de fiscalización y control patronal, también consagrados constitucionalmente a través de la libertad económica, lo que con frecuencia puede acarrear una fricción entre ambas categorías de derechos. Claro está que los derechos patronales no pueden implicar la privación de los derechos que asisten constitucionalmente al trabajador como

[7] Aparicio, Joaquín y Baylos, Antonio: *Autoridad y Democracia en la Empresa*. En: *Autoridad y democracia en la empresa.* Fundación 1º de mayo, Editorial Trotta, Madrid, 1992, p. 10 y ss.

ciudadano, pues como acertadamente ha señalado el Tribunal Constitucional Español, en su sentencia Nº 88 del 19 de junio de 1985, "las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas, por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales".

1. CONFLICTO DE DERECHOS

De acuerdo con Karl Engisch,[8] junto con el principio de plenitud hermética del orden jurídico suele colocarse el principio de unidad del mismo, que conlleva el mandato de eliminar las posibles contradicciones dentro del ordenamiento normativo establecido. Entre las posibles contradicciones, distingue entre: i) contradicciones técnico-legales, que consisten básicamente en la falta de unidad en la terminología; ii) contradicciones entre normas, que ocurre "cuando una conducta, en abstracto o en concreto, aparece como simultáneamente ordenada y no ordenada, prohibida y no prohibida u ordenada y prohibida a la vez";[9] iii) contradicciones de valoración, que aparecen cuando el legislador no es consistente en la propia valoración que le ha otorgado a sus propias normas; iv) contradicciones teleológicas, que acontece cuando no se da la relación de medio a fin entre las normas; y v) contradicciones de principio, es decir, "desarmonías que aparecen en un ordenamiento jurídico cuando en su formación participan diversas ideas fundamentales que pueden entrar en conflicto entre sí".[10] Dentro de las contradicciones entre normas, Engisch[11] encuadra a las "normas constitucionales contrarias a la constitución", que se plantean "cuando, dentro de todo el complejo de proposiciones jurídicas constitucionales, se cree poder percibir normas de diferente importancia que hacen posible la aplicación de las reglas de la superioridad y de la especialidad. Si no se logra demostrar cuál de entre varias normas contradictorias entre sí es la más "fuerte", la única válida y decisiva, las normas contradictorias se anulan mutuamente y se produce la llamada "laguna por colisión", que debe ser llenada de acuerdo con los principios generales destinados a llenar las lagunas".

---

[8] Engisch, Karl, *Introducción al Pensamiento Jurídico*, Ediciones Guadarrama, Lope de Rueda, 13, Madrid, p. 197.
[9] Engisch, Karl, *Ob. Cit.*, p. 199 y ss.
[10] *Ídem*, p. 204.
[11] *Ibídem*, p. 200.

Para resolver la problemática relacionada con el conflicto de derechos, internacionalmente se han desarrollado diversas doctrinas, así como algunos casos decididos por la jurisprudencia patria e internacional que se expondrán a continuación.

1.1 *DOCTRINA*

Como señaláramos inicialmente, al subsumir los hechos de un caso concreto al supuesto de hecho normativo previsto, las consecuencias jurídicas que aportan las soluciones podrían consagrar derechos que, en determinados supuestos, lucirían contradictorios. Existe un importante desarrollo doctrinario en lo que respecta al conflicto o colisión de derechos. Morelli[12] clasifica las diferentes posiciones doctrinarias en dos categorías o grupos: 1. Soluciones que reconocen el conflicto; y 2. Soluciones que no reconocen la posibilidad de conflicto de derechos.

1.1.1 *Soluciones que reconocen el conflicto*

Para las soluciones que reconocen el conflicto (llamadas "conflictualistas") existe un verdadero "conflicto" de derechos, que los hace incompatibles entre sí. La solución posible es sacrificar uno en aras del otro. Las dos grandes tesis son: i) categorización de derechos o el método de los derechos preferidos; y ii) ponderación o balance.

1.1.1.1 *Categorización de derechos: Método de los derechos preferidos*

Consiste en otorgar un rango o jerarquía a los derechos en abstracto, para luego hacer prevalecer uno sobre otro en el caso concreto. En esta categoría, el método de interpretación constitucional más utilizado es el "Método de los Derechos Preferidos".

El Método de los Derechos Preferidos, o *preferred rights*, es una construcción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, a partir de la sentencia *United States vs Carolene Products Co.,*[13] en la que se introduce la novedad de tres excepciones al principio general de presunción de constitucionalidad de las normas emanadas del Poder Ejecutivo y Legislativo, que son:

---

[12] Véase: Morelli, Mariano: *Los llamados Conflicto de Derechos el Cálculo Utilitarista y la Crítica de John Finnis*, [en línea] http://www.filosofiayderecho.com/rtfd/numero7/conflictos.htm [Consulta: 12 de agosto de 2004].

[13] *United States vs Carolene Products Co.*, Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 304 US 144 (1938).

i) en los casos que tratan de un derecho constitucional específico; ii) cuando esté implicada la integridad del proceso político constitucional; y iii) los que entrañan peligro para los derechos de las minorías reducidas e insulares.

Esta teoría no sólo consiste en la afirmación de la supremacía de determinadas cláusulas constitucionales, sino que ello se refleja en el juego de la presunción de constitucionalidad, de forma que es el Estado el que tiene que justificar cualquier ley a la que se dota de una especie de presunción de inconstitucionalidad cuando pueda afectar los derechos, integridad o acarrear los peligros antes mencionados. Se presume la inconstitucionalidad de las reglas que entran en conflicto con el derecho preferente. No se parte de la presunción de constitucionalidad de la norma que se impugna sino que se parte de su inconstitucionalidad, debiendo probarse la validez constitucional de la norma impugnada. Ello ha dado lugar a la aparición de las denominadas "categorías sospechosas", supuestos en los cuales se invierte la presunción de constitucionalidad de las normas.

De igual forma, la doctrina de los derechos preferidos implica que el recto ejercicio de tales derechos preferidos no puede ser antijurídico, y por ende no puede generar responsabilidad administrativa, civil o penal. También implica, una mayor exigencia respecto de las leyes de desarrollo y aplicación. Por lo tanto, el juicio de constitucionalidad no se satisface con la mera constatación de la no contrariedad a la constitución, no basta con la mera ausencia de disconformidad con los preceptos constitucionales para que el ejercicio de la potestad normativa sea constitucionalmente legítimo, como sucede en los demás supuestos. Su especial relevancia exige un mayor cuidado en el desarrollo constitucional, que se traduce en la exigencia de conformidad plena de todas las normas legales con las constitucionales. En estos casos, legislar se aproxima a ejecutar la constitución, y no meramente a desarrollarla. Por último, los derechos preferidos tendrán una posición preponderante en el conflicto de derechos planteado. Los derechos no preferentes sólo pueden prevalecer en la ponderación de intereses en el caso de que la presencia de los derechos preferentes sea secundaria al conflicto mismo.

La doctrina de los derechos preferidos supone un ejemplo de lo que se ha llamado "jurisprudencia de valores",[14] es decir, aquella corriente jurisprudencial que tiende a decidir los litigios en los que existe un concurso de normas

[14] Martínez Sospedra, Manuel: *Libertades Públicas.* Volumen I. Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., Valencia; 1993, p. 60.

constitucionales sobre la base de la ponderación de los valores que esas normas constitucionales protegen. Los derechos preferidos, es el modo en el que se utilizan algunos de los derechos consagrados en la constitución como piedra angular de la interpretación de la misma.

La característica esencial de los derechos preferidos radica en la mayor importancia de determinadas libertades y derechos en el conjunto del sistema de derechos fundamentales regulado por la constitución. Esa mayor importancia se fundamenta en la mayor presencia de los valores constitucionales en tales derechos, lo que acarrea su mayor fundamentalidad, en su superior capacidad configuradora del orden político de la comunidad constitucionalmente prescrito. Si determinados derechos gozan de una mayor pretensión de validez se debe a que su importancia en la definición del orden de la comunidad es mayor que la de otros, a que su capacidad de configurar el "orden público", indisponible y vinculante para ciudadanos y poderes públicos, es mayor. En palabras de Rutledge, refiriéndose a la Constitución de los Estados Unidos, "la normal presunción de constitucionalidad cede ante la preferencia en nuestro sistema de las grandes e indispensables libertades garantizadas por la primera enmienda".[15]

La jurisprudencia sobre los derechos preferidos en los Estados Unidos de América, de acuerdo con Martínez Sospedra,[16] ha conducido al Tribunal Supremo de ese país a definir un catálogo de las libertades que gozan de tal posición privilegiada. Ese catálogo, que comprende básicamente los derechos reconocidos en las Enmiendas Primera y Decimocuarta, es el siguiente: 1. Libertad de religión; 2. Libertad de prensa; 3. Libertad de reunión y asociación; y 4. Derechos a: i) la igualdad; ii) a la misma protección de la ley; y iii) a la llamada *privacy*. En España, siguiendo a Martínez Sospedra,[17] la teoría de los derechos preferentes, ha sido recibida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español bajo el nombre de libertades de posición preferente, y entre las mismas las cataloga de la siguiente manera: 1. Derecho a la vida y a la integridad física y moral; 2. Libertad de conciencia; 3. Libertad de palabra; 4. Derecho de reunión; y 5. Derecho de asociación.

En este orden de ideas, García de Enterría, interpretando la Constitución española de 1978, señala que puede concluirse que existen entre las normas constitucio-

[15] Citado por Alonso García, Enrique: en *La interpretación Constitucional.* Centro de Estudios Constitucionales; Madrid; 1984, p. 281.
[16] Martínez Sospedra, Manuel, *Ob. Cit.*, p. 62.
[17] *Ídem*, pp. 69-70.

nales algunas que tienen un valor superior, pues tutelan derechos e instituciones fundamentales en la vida del ciudadano. En este sentido señala que:

> El carácter básico y fundamentante de estas decisiones permite incluso hablar (como ha hecho Bachof y ha recogido ya la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, como antes ya, aunque con menos énfasis dogmático, el Tribunal Supremo americano) de posibles "normas constitucionales inconstitucionales" (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen*), concepto con el que se intenta subrayar, sobre todo, la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución y el límite (…) que suponen a la reforma constitucional. (…). Estos principios, cuyo alcance no es posible, naturalmente, intentar determinar aquí, si se destacan como primarios en todo el sistema y protegidos en la hipótesis de reforma constitucional, presentan, por fuerza, una "enérgica pretensión de validez", en la frase Bachof que más atrás hemos citado, y constituyen por ello, los principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la de la Constitución misma.[18]

En Latinoamérica también encontramos posiciones que consideran que existen ciertos derechos que gozan de tutela privilegiada y que, por tanto, son de aplicación preferente frente a otros. Así lo establece la doctrina ecuatoriana[19] al señalar que:

> ...el Juez constitucional debe establecer cuál es el rango de cada uno de estos dispositivos, su grado de adecuación al caso, ejercitar una valoración jurídica de cada uno de ellos, en el momento en que entran en conflicto. Esto supone realizar un balance para determinar cuál es de mayor valor en caso de contraponerse.

1.1.1.2 *La ponderación o* ***balancing***

Alonso García[20] explica acertadamente el método de la ponderación o del *balancing* en el derecho norteamericano. El *balancing* consiste en que para la

---

[18] García de Enterría, Eduardo: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Tercera Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1994, p. 99.

[19] Véase: Polit Montes de Oca, Berenice: *La unidad y la Concordancia práctica en materia constitucional* [en línea] http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/paginas/T.Constitucional.doc.21.html. [Consulta: 18 de febrero de 2004]

[20] Alonso García, Enrique: *Ob. Cit.*, p. 419.

aplicación de determinado principio o norma constitucional hay que tener en cuenta los intereses constitucionales en juego, para contrapesarlos y dar primacía a uno de ellos o buscar un equilibrio entre los mismos.

Frente a la necesidad de compaginar principios y derechos que en potencia son contradictorios entre sí, como por ejemplo: los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, la coherencia entre todos ellos no puede alcanzarse si no es por medio de equilibrios puntuales o, en caso de imposibilidad de equilibrarlos, por medio de jerarquizaciones relativas en atención a los intereses en juego, al respectivo peso específico en la relación jurídica que da lugar al enjuiciamiento constitucional. Geny[21] sostiene esta tesis cuando indica que

> como el objeto del derecho positivo no es otro que dar satisfacción más adecuada a diversas aspiraciones en pugna, cuya justa conciliación aparece necesaria para realizar el fin social de la humanidad (…) la solución debe ser encontrada al reconocer intereses que se enfrentan, evaluar su fuerza respectiva, pesarlos de alguna manera con las balanzas de la justicia, todo ello para asegurar la preponderancia de los más importantes conforme a un criterio social, para finalmente establecer entre ellos un equilibrio eminentemente deseable.

La doctrina alemana ha llegado a contraponer terminológica y conceptualmente el principio de contrapeso de valores o bienes constitucionalmente protegidos con el llamado "*principio de concordancia práctica*". El primero se mueve en un plano de abstracción casi absoluta, tiende a producir una jerarquía entre valores (y por lo tanto la anulación de uno de ellos). El segundo, derivado del principio de unidad de la constitución, supone que los bienes jurídicamente protegidos deben coordinarse entre sí, de tal manera que cada uno de ellos alcance su efectividad, lo cual se traduce en una optimización de ambos bienes contrapesados.[22]

Para Alexy,[23] ante la colisión de principios constitucionales, uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero ello no significa declarar inválido al

---

[21] Geny F.: *Méthodes d'interpretation et sources en droit privé positif*; citado por Novoa, Eduardo en *Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información un Conflicto de Derechos*; Ed. Siglo Veintiuno; México; 1989, p. 183.
[22] Alonso García, Enrique: *Ob. Cit.*, p. 434
[23] Alexy, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid; 1997, p. 89.

principio desplazado. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Alexy explica la ponderación de intereses utilizando como ejemplo decisiones del Tribunal Constitucional Federal, específicamente un fallo sobre incapacidad procesal. Este fallo trata de la admisibilidad de la realización de una audiencia oral en contra de un acusado que, debido a la tensión que tales actos trae consigo, corre con el peligro de sufrir un infarto. El Tribunal constata que en tales casos "existe una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental".[24] Según el fallo, dicha relación de tensión no puede ser solucionada en el sentido de una absoluta prioridad de uno de estos deberes del Estado, ya que ninguno de ellos posee "prioridad sin más". En su lugar, el conflicto lo resolvió a través de una ponderación de los intereses opuestos. Alexy explica que en esta ponderación lo que se busca es la determinación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto. El Tribunal determinó que

> si esta ponderación da como resultado que los intereses del acusado que se oponen a la intervención, tienen en el caso concreto un peso manifiestamente mayor que el de aquel interés a cuya preservación está dirigida la medida estatal, entonces la intervención viola el principio de proporcionalidad y, con ello, el derecho fundamental del acusado que deriva del artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF.

Como se puede ver, los dos principios conducen a una contradicción, cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del ordenamiento jurídico. En su lugar, la solución de la colisión consiste en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso concreto, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente. Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la

[24] Alexy Robert: *Ob. Cit.*, p. 90.

consecuencia jurídica del principio precedente. A esta ley le da el nombre de "ley de colisión".

Un aspecto que desarrolla Alexy en su obra es el referido a los principios absolutos. Según él, podría pensarse que por lo menos existe un principio absoluto: "la dignidad de la persona". La razón de esta impresión consiste en que para el principio de la dignidad de la persona existe un amplio grupo de condiciones de precedencia en las cuales existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de dignidad de la persona precede a los principios opuestos. El Tribunal Constitucional Federal señaló que en lo que "respecta al principio de la inviolabilidad de la dignidad de la persona mencionado en el artículo 1 LF […], todo depende de la constatación de bajo cuáles circunstancias puede ser violada la dignidad humana. Manifiestamente, no puede darse una respuesta general sino que siempre hay que tener en cuenta el caso concreto".[25] El Tribunal se abre un amplio campo para tal constatación en los casos concretos. En esta constatación existe la posibilidad de ponderación.

Existen diversas críticas a la tesis de la ponderación, que se pueden reducir a las dos más importantes: i) la imposibilidad de equilibrar intereses totalmente diversos y, en consecuencia, la falta de estándares judiciales o de principios jurídicos para aplicar el contrapeso; y ii) la simpleza del método.

i) En cuanto a la primera crítica, se sostiene que los valores no son jerarquizables porque no se pueden cuantificar ni, por tanto, medir. Según Hand[26] "la dificultad no se produce por la ignorancia, sino por la ausencia de estándares, ya que los valores no se pueden medir". Los jueces no tienen ni los medios ni la capacidad para contrapesar y ajustar intereses sociales relevantes.

Esta crítica ha sido utilizada por los tribunales norteamericanos estatales para huir del método cuando el seguir la jurisprudencia del Tribunal Supremo lleva a resultados con los que no están de acuerdo, sobre todo en el campo de las relaciones federales. *American Can Co. vs Oregon Liquor Control Commission*, citado por Alonso, presenta un caso en el que un tribunal estatal pretende limitar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, alegando que el contrapeso de valores en la aplicación de la cláusula de comercio sólo juega cuando los intereses se pueden contrapesar por ser cualitativamente iguales.

[25] Sentencia: BVerfGE 30, 1 (25) citada por Alexy, Robert: *Ob. Cit.*, p. 107
[26] Hand, Learned: *The Spirit of Liberty*; 1952, p. 162. Citado por Alonso García, Enrique: *Ob. Cit.*, p. 433.

El resultado de contrapesar intereses no comparables sería totalmente subjetivo y sería una decisión política.

ii) En cuanto a la segunda crítica (la simplicidad del método) Henkin[27] sostiene que "el *balancing* tiene sus peligros, su simplicidad y apelación al sentido común son seductores (…) las respuestas que conlleva son demasiado críticas, favorece la tentación de los jueces a elevar su autoridad, a la vez que simplifica su tarea (…); pretendiendo que se eviten el enfrentarse con otros métodos de interpretación constitucional que son mucho más rigurosos (…); expande la discrecionalidad judicial, liberándola sustancialmente de la necesidad de justificar y persuadir sus decisiones. Por ello el método debe ser residual. Sólo se debe aplicar en los casos límites.

1.1.2 *Soluciones que no reconocen la posibilidad de conflicto*

Las tesis que no reconocen la posibilidad de conflicto (llamadas soluciones "no-conflictualistas") sostienen que no puede existir un conflicto entre derechos. Se tratará de un conflicto "aparente" pero no real. Lo que existe es un problema de delimitación del derecho y una vez delimitado, la solución no es sacrificar un derecho por otro sino determinar quién verdaderamente tenía el derecho. La tesis más importante es la de la *Doctrina del Contenido Esencial*.

La referida tesis indica que se deben encontrar los límites de cada derecho identificando su "contenido esencial". El contenido esencial de los mismos garantiza que un mínimo de intereses va a quedar salvaguardado para no llegar a la anulación de ningún bien constitucionalmente protegido ligado a los derechos fundamentales. Se configura en la alternativa "menos gravosa" al no anular el bien constitucionalmente protegido, que en el caso concreto, parece quedar totalmente anulado, pero cuya efectiva aplicación para otras hipótesis queda efectivamente salvado. Los intereses jurídicamente protegidos van a ser el método para averiguar el contenido esencial de los derechos. Se debe acudir por un lado a la naturaleza jurídica del derecho o al modo en que es entendido por los juristas; y, por otro lado, a la finalidad del derecho, considerando a los bienes humanos que se quiere proteger y al fin de todos los derechos.

Uno de los postulantes de esta tesis, Fernando Toller,[28] explica que los derechos nunca están en conflicto ni entre sí ni con los bienes públicos. Según

---

[27] Henkin: *Infability Under Law: Constitucional Balancing*, 78 ColRev 1022,1978. Citado por Alonso García, Enrique: *Ob. Cit.*, p. 436.

[28] Véase: TOLLER, Fernando: [en línea] htpp://www.udep.edu.pe/publicaciones/desdelcampus/new905.html [Consulta: 23 de julio de 2004]

Toller, el jerarquizar o sopesar conduce a arbitrariedades y la solución está en la búsqueda prudente y finalista del contenido esencial de los derechos y bienes públicos. Propone armonizar los derechos con el orden público, la moral pública y los derechos de terceros. Señala que hay que abandonar la filosofía de los límites externos y que conviene más determinar los límites internos o esfera de funcionamiento razonable de los derechos. Tras los derechos está el hombre, que exige la unidad del sistema de derechos y no su conflicto. Según Toller, postergar un derecho es postergar a la persona.

Fernández Concha[29] también comparte la tesis de que no puede existir conflicto entre derechos. Explica que hay veces en que coinciden dos o más derechos, sin que puedan funcionar simultáneamente. Ese fenómeno resulta de alguna de dos de las siguientes causas: i) de versar dichos derechos sobre una misma materia, que no alcanza a satisfacerlos a todos ellos; ii) de la invasión de los derechos, de suerte que no se pueden mantener o reintegrarse, sino con la pérdida o menoscabo de los derechos del ofensor. Siguiendo a Fernández Concha, los derechos proceden de la razón, y para que hubiera verdadera lucha de unos con otros, sería preciso que la razón entrara en oposición consigo misma, lo cual considera absurdo. En consecuencia, es imposible un conflicto real entre dos derechos, y en las llamadas coincidencias de los mismos, alguno de ellos no es verdadero derecho o, a lo menos, deja en esas circunstancias de ser tal. La causa por la cual un derecho muere, si se encuentra en concurso con otro consiste en la subordinación de las relaciones en que se funda. Las relaciones humanas son muchas y muy variadas: no habría en ellas unidad, si unas no se acomodaran o sometieran a otras, y esa unidad no sería razonable, si no consistiese en la dependencia de las de orden inferior respecto de las de orden superior. Esa subordinación en las relaciones humanas exige subordinación en los derechos correspondientes a las mismas. Procede de aquí que los derechos están limitados unos por otros, y que en caso de colisión perece uno de ellos, porque toca el límite que, según el orden racional del cual se deriva, no le es dado traspasar.

Cuando la colisión proviene de derechos encontrados sobre una misma materia que no alcanza a satisfacerlos, la ley de la subordinación exige que prevalezca el de orden superior sobre el de orden inferior, y si son de un mismo orden, que prevalezca aquel que tiene con éste más íntima conexión. Y como el objeto de todo derecho es algún bien, se considera mayor en orden o en conexión con éste aquel derecho cuyo objeto es un bien más alto, más importante o más universal.

[29] Fernández Concha, Rafael: *Filosofía del Derecho*; Volumen II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1966, pp. 111-113.

Cuando la colisión proviene de verse invadida la esfera de nuestra actividad jurídica por una acción injusta del prójimo, la ley de subordinación exige que prevalezca el derecho del agredido sobre el del agresor. Esa subordinación se funda en la esencia misma del derecho, pues la inviolabilidad y coactividad inherentes a él autorizan no sólo para ponerlo en ejercicio, sino también para defenderlo y reintegrarlo, lo cual no puede tener efecto en algunas ocasiones más que con una pérdida proporcionada de los derechos del agresor.

1.2 *JURISPRUDENCIA*

El conflicto de derechos ha sido planteado tanto en la jurisprudencia nacional como en la extranjera. En Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) se ha pronunciado sobre este punto utilizando diversos criterios.

La Sala Electoral del TSJ fue quien sentenció originariamente sobre el conflicto de derechos, y se pronunció sobre la armonización (ponderación) de los derechos en los siguientes términos:

> Se trata de armonizar la garantía inviolable del Derecho a la Defensa del particular, con la protección del principio de igualdad de oportunidades encomendada a la actividad de control de los órganos electorales, y esta ponderación puede satisfacerse permitiendo al administrado hacer valer sus alegatos y defensas en la oportunidad que a tal fin fije el órgano público, en estricto acatamiento al ordenamiento constitucional y legal (respeto a la garantía constitucional al Debido Proceso y del Derecho a la Defensa), a la vez que facultando al órgano con potestades sancionadoras, a ejercer tales potestades de una manera oportuna y eficaz (principio de eficacia y celeridad administrativa).[30]

La primera sentencia de la Sala Constitucional que conocemos sobre este asunto determinó:

> que la interpretación constitucional de las normas jurídicas es reconducirlas a los principios generales del Derecho, haciendo operativos los valores jurídicos sustanciales. De esta forma, los valores constitucionales se presentan como entidades que operan dando sentido u orientación al Juez, es decir, señalando los fines del Estado. A través

[30] Sentencia de la Sala Electoral del TSJ del 14 de junio de 2000, caso: *Enrique Salas-Romer.*

> de los valores inspiradores de la realidad constitucional, el Juez puede lograr la apertura a la realidad social de la comunidad política constituida y reguladora de la progresión armónica en la evolución del Estado y sociedad. Así, toda interpretación constitucional debe tener en cuenta las previsiones de los artículos 1 y 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que expresamente reconocen los valores superiores de la República Bolivariana de Venezuela.[31]

En un análisis más detallado sobre el tema que nos ocupa, la Sala Constitucional del TSJ ha advertido la posibilidad de que exista antinomia entre derechos constitucionales, en cuyo caso le corresponde a dicha Sala establecer el criterio sobre cuál debe prevalecer o complementarse entre sí:

> Debe recordar esta Sala, siguiendo al profesor Eduardo García de Enterría (la Constitución como norma jurídica), que la Constitución responde a valores sociales que el constituyente los consideró primordiales y básicos para toda la vida colectiva, y que las normas constitucionales deben adaptarse a ellos por ser la base del ordenamiento. Se trata de valores que no son programáticos, que tienen valor normativo y aplicación, que presiden la interpretación y aplicación de las leyes. Ante la posibilidad de que normas constitucionales colidan con esos valores, "normas constitucionales inconstitucionales", como lo recuerda García de Enterría (*Ob. Cit.,* p. 99), y ante la imposibilidad de demandar la nulidad por inconstitucionalidad del propio texto fundamental, la única vía para controlar estas anomalías es acudir a la interpretación constitucional, a la confrontación del texto con los principios que gobiernan la Constitución, de manera que el contenido y alcance de los principios constitucionales se haga vinculante, y evite los efectos indeseables de la anomalía.(…) Siendo esta Sala la que puede con carácter vinculante establecer la existencia de la contradicción y el criterio sobre el cual debe prevalecer o complementarse entre sí, no parece que pueda negarse a la ciudadanía el acudir ante ella, sin necesidad de juicio en curso, donde se han de aplicar las normas encontradas, a fin que de una vez –en aras de la seguridad jurídica– se resuelva la antinomia. Esta situación se agrava, desde el momento que el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, expresa que los tratados, pactos o convenios relativos a derechos

[31] Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ del 26 de julio de 2000, caso: *Procuraduría solicita aclaratoria de la sentencia dictada por la CSJ en Pleno el 14 de diciembre de 2000.*

> humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno.[32]

En una distinta oportunidad, la Sala Constitucional del TSJ con ocasión de la forma de interpretación de la libertad de empresa y derecho de propiedad, utilizando la teoría de la ponderación señaló que:

> …el sector de la Carta Magna que puede denominarse Constitución Económica tiene que verse desde un perspectiva esencialmente social. (…) El Estado Social… va a aminorar la protección de los derechos fuertes. El Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos. Como valor jurídico, no puede existir una protección constitucional a expensas de los derechos fundamentales de otros.(…) la actividad económica está limitada por la Constitución, por razones de desarrollo humano, protección del ambiente u otros de interés social; por lo que la actividad económica tiene que encuadrarse dentro del Estado Social, así ésta no emerja del Estado.[33]

En otra sentencia en la que la Sala Constitucional se pronunció sobre la posible colisión entre derechos constitucionales, la solución aportada fue que se debe resolver el problema según el proyecto axiológico de la Constitución (*interpretatio favor Constitutione*).

> Los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado.[34]

---

[32] Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, de fecha 22 de septiembre de 2000, caso: *Servio Tulio León Briceño*.

[33] Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, de fecha 24 de enero de 2001, en el caso *Asodeviprilara.*

[34] Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, de fecha 19 de julio de 2001, caso *Hermann Escarrá.*

Diferente fue la motivación en otra sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, cuando se pronunció a favor de la tesis de la ponderación cuando se encuentran dos normas de rango constitucional contrapuestas. La Sala determinó que la ponderación efectuada por el juez no debe entenderse como una jerarquización de las normas constitucionales sino "como una cuestión de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución donde se realiza un detallado análisis del contenido de cada norma, para determinar la delimitación que la propia Carta Magna ha realizado en la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho".[35]

Recientemente, la Sala Constitucional señaló que entre dos categorías de derechos (derechos civiles y políticos, por un lado; y derechos económicos, sociales y culturales, por otro) no puede haber más que complementariedad y nunca antinomia.[36] Fundamentó su decisión en la posición de la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán (1968) donde se proclamó la indivisibilidad de los derechos humanos, en la que se afirmó que la plena realización de los derechos civiles y políticos era imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta postura fue avalada por la Asamblea General de las Naciones Unidas[37] en los siguientes términos:

> La plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible, la consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social, como se reconoce en la Proclamación de Teherán de 1968.

La jurisprudencia española se ha pronunciado, igualmente, sobre el conflicto de derechos. "Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor aquélla goza, en general, de una posición preferente y las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse a la libertad de información deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni

[35] Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, de fecha 11 de junio de 2002, caso *Jesús Rendón Carrillo*.
[36] Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, de fecha 26 de mayo de 2004, en el caso *Federación Médica Venezolana vs Ministra de Salud y Desarrollo Social y el Presidente del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales*.
[37] Resolución 32/130.

incorrectamente relativizado".[38] Se puede observar cómo en esta ocasión se acogió la tesis de los derechos preferidos.

En otras ocasiones se ha pronunciado a favor de la tesis de la ponderación. En un caso se impuso la necesidad de buscar un equilibrio entre dos valores constitucionales aparentemente contradictorios: medio ambiente y desarrollo económico. El Tribunal señaló que "no es aceptable la postura del representante del Gobierno de que exista una prioridad absoluta de fomento de la reproducción minera frente a la protección del medio ambiente". "La conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico".[39]

El Tribunal Constitucional Español ha también ha indicado que "en el derecho constitucional contemporáneo no existen derechos absolutos y prevalentes frente a otros derechos fundamentales o de rango constitucional. Y en un Estado Social de Derecho, como el que proclama el artículo 1 CE, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como los de propiedad y libertad de prensa, por ejercicios derivados de su función social".[40] En otra oportunidad ese mismo Tribunal indicó que "no existen derechos ilimitados, todo derecho tiene sus límites que, en relación con los derechos fundamentales, establece por sí misma la Constitución en algunas ocasiones y, en otras, deriva indirectamente de la necesidad de proteger o preservar otros derechos constitucionales o bienes constitucionalmente protegidos (…) un límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás".[41]

La jurisprudencia y doctrina alemana, seguida por los tratadistas españoles, han elaborado y desarrollado la teoría de la *Drittwirkung der Grudrechte*, que señala que los derechos fundamentales no sólo adquieren vigencia y eficacia en las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también en sus relaciones privadas. En palabras del catedrático Ruiz:[42]

> La *Drittwirkung der Grudrechte* nace bajo la pretensión de hermanar el Estado de Derecho y Estado Social sobre la base común de los

[38] SSTC 106/1986 y 159/1986 [rtc 1986, 106 y 159].
[39] STC 64/1982, de 4 de noviembre.
[40] S. 227/93 de 9 de julio, FJ 4.
[41] S. 2/82, de 29 de enero, FJ 5.
[42] Ruiz, Miguel: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1995, p. 25.

> derechos fundamentales. Para ello se precisaba transmutar los derechos fundamentales de derechos de defensa en derechos positivos, lo que se logró concibiendo los derechos fundamentales como positivación de valores y la totalidad de los derechos fundamentales como un sistema de valores inherentes a la Constitución. La anterior afirmación permite deducir que, si los derechos fundamentales son un orden de valores y expresan principios jurídicos generales, su validez no puede quedar reducida a la esfera estatal, no pudiendo excusarse que las relaciones sociales interindividuales no estén sometidas a éstos principios.

La Corte Suprema norteamericana decidió un caso relativo a la quema en público de una bandera de los Estados Unidos.[43] Decidió que la quema de la bandera no constituía por sí misma un acto delictivo cuando fuere un acto de mera protesta, pues se encontraba protegido por la libertad de expresión consagrada en la Constitución, en cambio, tal acto sí podía ser delictivo en caso de que fuera con objeto de incitar a una multitud a la violencia. Los juzgadores tomaron la libertad de expresión como un derecho preferido y al mismo tiempo balancearon el interés del Estado en sancionar ciertas y determinadas conductas que se consideran inapropiadas con el interés de la sociedad y del propio Estado en que todo miembro del mismo pueda expresar su opinión libremente.

2. BREVE RESEÑA SOBRE EL DERECHO DEL TRABAJO COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

El trabajo es un derecho y un deber social, y así lo consagra el artículo 87 de la Constitución vigente al establecer "toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar".[44] En este sentido, el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre declara que:

> I.- Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. II.- Toda persona tiene derecho, sin diferenciación alguna, a igual salario por trabajo igual. III.- Toda

[43] Citado por Planchart Manrique, Gustavo: *Reflexiones sobre el Control de la Constitucionalidad y la Interpretación Constitucional; Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.* Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales enero-junio 1990; Nos. 119-120/Año LXVI/Caracas/Venezuela, p. 42.

[44] *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, GORBV (E) N° 5.453, de fecha 24 de marzo de 2000.

> persona tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana (…).[45] El derecho al trabajo como derecho humano fundamentad está además consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969.[46]

El trabajo libremente escogido es un elemento esencial de la vida del ser humano. Para muchas personas, ya estén empleadas en el sector formal o informal, el trabajo representa la fuente principal de ingresos de la que dependen la subsistencia, la supervivencia y la vida. El derecho a trabajar es fundamental para disfrutar de ciertos derechos relacionados con la subsistencia y el sustento. Además, la situación laboral puede afectar fácilmente al disfrute de otros derechos relacionados con la salud y la educación.

El derecho internacional concerniente a los derechos humanos tiene su fundamento en el amparo de toda la gama de derechos humanos que es preciso hacer efectivos para que las personas puedan vivir una vida plena, libre, segura y sana. El derecho a llevar una vida digna no puede hacerse efectivo a menos que todos puedan satisfacer de manera adecuada y equitativa sus necesidades de trabajo, alimentación, vivienda, atención médica, educación y cultura.

De La Cueva sostiene que "los derechos humanos, en sus dos aspectos, *derechos individuales del hombre y derechos sociales del trabajador*, se proponen realizar el máximo de libertad para el trabajo. Los primeros son, para decirlo así, presupuesto para que los segundos puedan asegurar la libertad del trabajador durante la prestación de su trabajo, pero en alguna medida podría también decirse que son un capítulo preliminar del derecho del Trabajo".[47] Finalmente, la Organización Internacional del Trabajo ha señalado como contenido del derecho del trabajo como derecho fundamental, lo siguiente: i) la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; ii) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; iii) la abolición efectiva del trabajo infantil; y iv) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.[48]

---

[45] *Resolución Asamblea General 217 A (iii) de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948*.

[46] Ley Aprobatoria publicada en GORV N° 31.256, de fecha 14 de junio de 1977.

[47] De La Cueva, Mario: *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. Editorial Porrúa S.A. Primera Edición, p. 107.

[48] *Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*. Conferencia Internacional del Trabajo, 86ª reunión Ginebra, junio de 1998.

Los derechos fundamentales personales del trabajador en la empresa no han sido siempre reconocidos. A finales del siglo XVIII y gran parte del siglo XIX, en la época del apogeo del capitalismo liberal, se consideraba que el patrono era dueño de todas las cosas que se encontraban dentro de su empresa, incluyendo los trabajadores. Luego, por la fuerza de la intervención del Estado, y posteriormente por el reconocimiento de otros centros de poder, constituidos principalmente por las organizaciones sindicales, los derechos de los trabajadores han sido reconocidos en el interior de la empresa. El derecho a la intimidad en el contrato de trabajo se manifiesta básicamente en el deber del patrono de proteger los derechos humanos del trabajador.

En decisión del Tribunal Constitucional Español,[49] se señala que

> la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, pues ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa (…) legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales.

De Vicente Pachés[50] señala que

> el trabajador es y sigue siendo trabajador de primer orden, antes, durante y después del contrato de trabajo, sin que el lugar de trabajo pueda ser un espacio en donde el trabajador quede relegado a ciudadano de segundo o tercer orden. La empresa no debe ni puede ser un lugar impermeable a los derechos fundamentales, sino que dentro de la misma, los unos y los otros, de trabajadores y empleadores, siguen siendo poseedores y portadores de derechos y libertades públicas, tuteladas desde el texto constitucional, necesariamente modalizados y ajustados en su disfrute a las circunstancias del lugar, pero no sacrificados por ellos.

Con base en lo anteriormente expuesto, y en vista que los derechos humanos deben ser considerados como derechos preferidos, de acuerdo con lo señalado

---

[49] Sentencia del Tribunal Constitucional Español, de 19 de junio de 1985.
[50] De Vicente Pachés, Fernando: *El derecho del trabajador al respeto a su intimidad*; Consejo Económico y Social; Madrid; 1998; p. 32.

anteriormente, en caso de conflicto de este tipo de derecho ejercido lícitamente, con el que pudiera tener el patrono con base en su libertad de empresa, también consagrada constitucionalmente, se le debe dar preferencia al primero, con base en nuestra interpretación del artículo 23 de la Constitución vigente señalado *ut supra*.

CONCLUSIONES

1. Aunque la doctrina no es uniforme sobre el tratamiento del tema, modernamente se ha aceptado que, en determinadas circunstancias, los derechos pueden entrar en conflicto, incluso aquellos previstos en la Constitución. Esta posición ha sido sostenida y valorada por nuestro máximo tribunal, pero la jurisprudencia del TSJ no ha sido uniforme.

2. Somos de la opinión que el ejercicio de los derechos no es absoluto y tiene límites. Los derechos están limitados unos por otros. Sin embargo, consideramos que *en principio* sí existen derechos con mayor rango o importancia que otros. El ejercicio lícito de los derechos humanos en general, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la vida y el derecho al trabajo, debe tener una mayor jerarquía y protección que el resto de los derechos.

3. Somos del criterio que en caso de que exista un conflicto entre el resto de los derechos, no catalogados como derechos humanos fundamentales, se debe acudir a la tesis de la ponderación para solventar dicha colisión. Aunque que en abstracto podría argumentarse que puede existir una jerarquía entre los derechos, en el caso concreto se tienen que sopesar todos los intereses en conflicto para determinar cuál es la solución más justa y equitativa. Nada obsta para que en el caso concreto pueda ocurrir que un derecho de rango inferior, en abstracto, deba ser más protegido que el derecho de rango superior.

4. En el caso de que dicho conflicto deba ser resuelto por el ordenamiento jurídico venezolano, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Constitucional del TSJ, hay que tomar en consideración los artículos 1 y 2 de la Constitución vigente, en donde se establecen los valores supremos actuales del Estado venezolano. Sin embargo, volvemos a hacer énfasis en que, en caso de conflicto de derechos, el operador jurídico debe atender a los intereses en juego y circunstancias específicas del caso concreto, para decidir de la forma más equitativa posible.

Interpretación del Artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a la luz de los resultados obtenidos en el referéndum revocatorio del 15 de agosto de 2004

Rafael Arístides RENGIFO CAMACARO*

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada el 15 de diciembre de 1999, por vía de *referéndum* popular, otorga al principio democrático una función primordial en la formación y funcionamiento de los poderes públicos. En tal sentido, el Preámbulo indica que el objetivo de la Constitución es el de *"...refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural...",* y el artículo 2, define al Estado venezolano como Democrático y Social de Derecho y de Justicia, *"que*

* **Universidad Central de Venezuela,** Abogado. **Universidad Santa María**, Especialista en Derecho Penal, Magíster en Derecho Penal, Doctor en Derecho, Mención Ciencias Penales. Profesor Asistente (1986-2000). **Tribunal Supremo de Justicia,** *Sala Electoral*, Magistrado Suplente (desde 2000). Ha asistido a varias reuniones y congresos internacionales y es autor de varias publicaciones.

propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político", principios fundamentales que se conciben en el nuevo Texto Constitucional, como verdaderos principios de actuación, superándose con ello anteriores concepciones conforme a las cuales se consideraban meros enunciados de valor únicamente programático.

Así se evidencia que, la Constitución de 1999 acoge el principio de la participación, cuyo contenido, manifestado en varias de las disposiciones constitucionales, reconoce a los ciudadanos el derecho a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes. Nuestra novísima Constitución establece y desarrolla una serie de principios que garantizan precisamente a todos los venezolanos la participación en términos de igualdad, justicia y libertad en todos los ámbitos de la vida ciudadana, siendo la participación ciudadana un medio eficiente para desarrollar los postulados de una democracia participativa y protagónica, postulados éstos que constituyen las bases que sustentan la llamada "revolución democrática"derivada del nuevo orden constitucional.

Por ello, el derecho de participación de los venezolanos no se limita a los clásicos derechos políticos de sufragio, de asociación con fines políticos y de manifestación, sino que se extiende a la obligación por parte de sus representantes de rendir cuentas transparentes y periódicas sobre su gestión, de acuerdo con el programa presentado; asimismo, la participación puede resumirse en el derecho de los ciudadanos a intervenir en las decisiones públicas más relevantes de cualquier ámbito territorial –nacional, estadal o municipal–, la presencia de la sociedad civil en los organismos consultivos o decisorios del Estado, en la facultad de la comunidad de revocar el mandato de los funcionarios que ocupan cargos electivos, en la facultad de abrogar las normas jurídicas que se consideran contrarias a las bases constitucionales y, finalmente, como sinónimo de gobierno pluralista o gobierno integrado por los diferentes sectores que operan en la sociedad.[1] Queda pendiente, sin embargo, la ley que anuncia el artículo 70 de la Constitución de 1999, la cual determinará el funcionamiento de los medios de participación y, en este sentido, la misma Carta Magna prevé la posibilidad de que la comunidad organizada proponga a la Asamblea Nacional la mencionada ley o aporte ideas para tal fin.

[1] Rondón de Sansó, Hildegard. *Ad imis fundamentis*, Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Parte orgánica y sistemas. Caracas, 2000.

Antes de delimitar nuestro objeto de análisis en esta oportunidad, a continuación esbozaremos las formas de participación del cuerpo electoral que la doctrina clásica de derecho político ha instaurado.

Adolfo Posada, en su Tratado de Derecho Político,[2] explana las formas de intervención directa del Cuerpo electoral y apunta que son la iniciativa, el *referéndum* y el *recall*,[3] los cuales explicaremos de seguidas:

La *iniciativa* consiste en la facultad, reconocida al ciudadano con voto, para promover una reforma legislativa o constitucional o, en general, una medida de gobierno. Se asemeja al llamado derecho de petición; pero mientras éste no pasa de ser una expresión de opinión, la iniciativa supone que ha de tomarse en consideración por el Poder lo que mediante ella se propone. La iniciativa, para Duguit, es "el derecho de proponer resoluciones y de hacer que se voten, transferido de la Asamblea ordinaria al Cuerpo electoral en general".[4]

En los Estados Unidos se aplica la iniciativa popular, especialmente en el régimen de los estados y en el municipio; "ha sido recientemente copiada (de Suiza), en América, por la mayoría de los Estados que han adoptado el referéndum general para las leyes ordinarias".[5]

Merced al referéndum, el sufragio interviene en la adopción definitiva de las leyes. Se ha definido el *referéndum* como la "ratificación o desaprobación por el pueblo, de las leyes"; más bien que del pueblo, debe hablarse del

---

[2] Posada, Adolfo: *Tratado de Derecho Político*. Tomo Segundo. Madrid, 1935

[3] Por otro lado, Silvia Rey, tratadista chilena, considera que entre las principales manifestaciones del gobierno semidirecto cabe destacar: la iniciativa popular; el referéndum o plebiscito; el veto popular y el *recall* o revocatoria. Ella aduce que el plebiscito y el referéndum son instituciones similares. Posición que no acogemos. Rey, Silvia del Carmen: *El Plebiscito.* Universidad Católica de Chile, Escuela de Derecho, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 1967.

[4] Hauriou, André: *Précis de Droit Const.* 1923. Citado por: Posada, Adolfo. *Ob. Cit.,* p. 451: "En los países de gobierno semidirecto y semirrepresentativo, como, por ejemplo, Suiza, el derecho de petición merced a una grave transformación, ha logrado una gran importancia política, y se ha convertido en un medio de participar directamente el Cuerpo electoral en la elaboración de la ley, sea reclamando el referéndum para una ley ya votada por los consejos legislativos, sea reclamando que esos mismos consejos estudien y deliberen sobre una ley dada que luego se someterá al referéndum. La modificación experimentada aquí por el derecho de petición consiste en que, en el supuesto de que la petición alcance el número de firmas exigido por la ley, las autoridades del gobierno están obligadas a tomar en consideración la invitación popular".

[5] Lowell, V.: *L'Oppinion Publique et le Gouv. pop,* 1924. Citado por Posada, Adolfo: *Ob. Cit.* p. 452.

Cuerpo electoral. Así, Oberholtzer dice que el referéndum "es la sumisión al voto de los electores, para su aprobación o desaprobación, de las disposiciones constitucionales o administrativas aprobadas por las Asambleas Legislativas".[6] El referéndum es una de las formas históricas de la intervención directa del Cuerpo electoral –representación del Pueblo, no el Pueblo mismo– en la sanción de las leyes o en determinadas manifestaciones del gobierno. Más Pueblo es la *Landsgemeinde;*[7] y, sin embargo, no es El Pueblo: el referéndum no elabora ley: es medio de expresión de la opinión pública, pero con eficacia limitada, como de veto o sanción.

Duguit[8] considera que el referéndum tiene por objeto garantizar la solidaridad que existe entre los representantes y los representados. El referéndum no debe confundirse con el plebiscito propiamente dicho. El referéndum implica una concesión hecha al Gobierno directo. El plebiscito tiende, por el contrario, a establecer un Gobierno representativo. Es el acto por el cual el Pueblo (o Cuerpo electoral) delega la soberanía en un hombre y le encarga, a veces, de hacer una Constitución.[9] Para Hauriou, el referéndum es la institución en la cual pueden combinarse útilmente la organización representativa de los Estados modernos y la democracia directa de los Estados antiguos; es la verdadera fórmula conciliatoria del Gobierno semidirecto.[10] El referéndum puede ser obligatorio y facultativo; es obligatorio en los casos en que su intervención se exige, constitucional o legislativamente, y es facultativo en los casos en que se aplica porque se reclama por la iniciativa popular o a petición de la misma Asamblea Legislativa, o, como en Suiza, por un grupo de cantones. El referéndum puede ser también general –para toda ley o reforma– o parcial –para determinadas leyes o disposiciones–. Además, puede el referéndum ser constitucional, esto es, aplicado sólo a las reformas constitucionales, y legislativo, aplicable a la ratificación de las leyes. Hay todavía el referéndum financiero, que Hauriou llama administrativo, aludiendo a ciertos Estados de América del Norte, en los cuales las decisiones, estableciendo determinados impuestos o autorizando determinados empréstitos, se someten a

[6] *Ibídem*, p. 452.
[7] "En algunos cantones suizos (los dos de Unterwlden, los dos Appenzel y en de Glaris...), todos los habitantes mayores de edad se reúnen dos veces al año, en un campo, en Asamblea general llamada *Landsgemeinde*, para hacer las leyes, elegir funcionarios y despachar los asuntos de interés general". Posada, Adolfo. *Ob. Cit.* p. 450.
[8] Duguit, L.: *Traité de Droit Constitutionnel.* Tomo II, 2ª Edición. Citado por Posada, Adolfo. *Ob. Cit.* p. 453.
[9] Posada, Adolfo: *Ob. Cit.* p. 453
[10] Hauriou, André: *Ob. Cit.* Citado por: Posada, Adolfo. *Ob. Cit.* p. 453.

referéndum. Por último, se puede distinguir –como dice Hauriou– el referéndum consultivo del referéndum de veto y de ratificación. En el primero, el gobierno consulta al pueblo sobre el principio de una ley; en el referéndum de veto, cierto número de electores declara oponerse a una ley adoptada por la legislatura, y se procede al referéndum; en el de ratificación, se consulta al pueblo una vez hecha la ley, y se le pide su aceptación.

Otra manifestación de la función directa del sufragio es el llamado en América del Norte el *recall*, el cual se estima como el complemento de la elección popular de los representantes, y que se define como "el derecho reconocido al Pueblo –al Cuerpo electoral– de separar a los funcionarios públicos cuando éstos dejen de inspirarle confianza.[11] Es la facultad que se otorga a fracción del cuerpo electoral para solicitar la destitución de un funcionario de naturaleza electiva antes de la expiración legal de sus funciones. La destitución es decidida en votación popular con arreglo a determinada proporción mayoritaria.

En este orden de ideas, las oportunidades de participación que la Constitución confiere a los ciudadanos, como realización concreta de la llamada democracia participativa y protagónica, cuenta con la revocatoria del mandato como instrumento político de participación directa del pueblo en ejercicio de su soberanía, de carácter real, efectivo, de grandes alcances y significación en el nuevo diseño jurídico político (ver: artículo 70 de la Constitución de 1999), lo que sin duda sólo puede admitir una interpretación armónica y progresiva con todas las normas que componen el Texto Fundamental, como parte de un nuevo orden jurídico, pues, por medio de dicho mecanismo de participación, el ciudadano podrá ejercer su poder sobre las autoridades que eligió para removerlas de sus cargos cuando lo estime necesario. A este tipo de participación política es que limitaremos nuestro estudio.

Nuestra Constitución de 1999 enumera los medios de participación política, al señalar en el artículo 70 los siguientes: elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas. Por su parte, las tres figuras precedentemente explicadas se encuentran en nuestro Texto Fundamental bajo el nombre de referéndum: consultivo, revocatorio y abrogatorio. Esto es, mientras la doctrina clásica diferencia la esencia de las mismas conceptuándolas de forma distinta, el constituyente

[11] Wilcox: *Gov. by all the people.* Cap. XX, 1912. Citado por Posada, Adolfo. *Ob. Cit.* p. 456.

venezolano, sin cambiar la esencia, las tipificó con igual nombre: referéndum, abarcando las tres, subclasificándolas en:

a) Referéndum Consultivo (artículo 71)

b) Referéndum Revocatorio (artículo 72)

c) Referéndum Abrogatorio (artículos 73 y 74)

Inicialmente, resulta apropiado partir por la definición de Referéndum, en virtud de las contradicciones doctrinarias que ella ha ocasionado.

Según la definición esbozada en la Enciclopedia Jurídica OMEBA,[12]

> el referéndum es el acto por el cual el pueblo o Cuerpo electoral en un sistema democrático con un régimen de gobierno semidirecto opina sobre, aprueba o rechaza, una decisión de los representantes constitucionales o legales. Sistema por el cual el pueblo participa de la actividad constitucional, legislativa o administrativa colaborando directamente, por medio del sufragio, en la formulación o reforma de la norma constitucional o legislativa, o en la formación del acto administrativo.

De acá se colige que no se trata de referéndum *strictu sensu* cuando se pretende destituir o revocar a un funcionario público, ya que el referéndum abarca decisiones constitucionales, legislativas y administrativas. Distinto es del *recall* y cuando se convoca con finalidad plebiscitaria. A modo ilustrativo, tenemos la circunstancia que se presentó con "la Ley de 22 de octubre de 1945, de España, la cual fue promulgada por el Jefe del Estado, y era éste quien estimaba la oportunidad y conveniencia de someter a referéndum público o consulta directa a la nación los proyectos de ley elaborados por las Cortes, es decir, referida *sólo* a decisiones legislativas de su gobierno elaboradas en las Cortes. El referéndum se volvía obligatorio para derogar o modificar las Leyes Fundamentales (Ley de Sucesión de 1947), pero seguía siendo el Jefe de Estado quien decide qué leyes serán o no fundamentales, así como las posibles modificaciones o derogaciones de las mismas. Circunstancia distinta fue cuando las dos consultas referendarias de 1947 y 1966 se convocaron con una clara finalidad plebiscitaria de apoyo masivo a la persona del

[12] Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIV. Editores-Libreros. Buenos Aires - Argentina, p. 190.

general Franco en dos momentos históricos en que su legitimidad como máximo dirigente del Estado necesitó de dicho apoyo".[13]

Así las cosas, nos percatamos de la disyuntiva, por muchos conocida, por otros estudiada y por otros abandonada, de las instituciones plebiscito y referéndum.

Por una parte, lo que se quiere significar acá es lo siguiente: mientras el referéndum *strictu sensu* se refiere a decisiones constitucionales o legislativas y actos administrativos, el plebiscito ciertamente hace referencia a un hombre. Pero en el caso venezolano es distinto, y esto es así, porque partiendo de la denominación que se le ha asignado a las diversas formas de intervención política del Cuerpo electoral en el gobierno, nos encontramos con una novedad: el referéndum Revocatorio. Luego, a pesar que se le da la terminología referéndum, discrepa en sí de la naturaleza que primigeniamente han tenido los referenda de la historia. Claro está, nunca asemejándose el caso venezolano a la naturaleza plebiscitaria, la cual es del todo distinta.

Por otra parte, hay quienes consideran la figura del plebiscito como mecanismo de participación política. En el caso venezolano el plebiscito no está regulado en nuestro ordenamiento jurídico,[14] y cabe destacar la discusión doctrinaria que se ha planteado en cuanto a la similitud de instituciones (referéndum-plebiscito). Concretamente, nuestra posición se circunscribe en la negación de tal aseveración. Sin embargo, ante semejante duda y atendiendo a la esencia que distingue al referéndum, para revocar a los funcionarios públicos y la naturaleza del plebiscito, es necesario establecer la distinción entre referéndum *strictu sensu* y plebiscito.

El plebiscito y el referéndum son las formas tradicionales con las que se ha intentado realizar el ideal de ampliar el objeto del sufragio más allá de la elección de representantes y de que, por lo tanto, las cuestiones en controversia sean presentadas al pueblo mismo para su decisión. Tienen como denominador común que la decisión que se toma ha tenido, hasta ahora, que adoptar la forma simple del "sí" o del "no". El "cómo" ya viene establecido y no se le pueden introducir matices o variaciones. Desde luego, si el resultado es un "no", se puede abrir una alternativa consistente en que la cuestión se abandona o se

[13] Hauriou, André: *Derecho constitucional e Instituciones Políticas.* Ediciones Ariel. Barcelona - España, 1971, p. 899.

[14] Tuvimos una experiencia plebiscitaria en el año 1957 con Marcos Pérez Jiménez, y no está de más decir que su transparencia estuvo comprometida.

presenta nuevamente en forma modificada. En efecto, no sólo es importante afirmar o negar algo, sino también buscar terceras vías o, en general, otras alternativas, y si es imposible lograr que todo el pueblo delibere, entonces esta oportunidad debiera tenerla, al menos, una pequeña sección que hablara en su nombre. Sin embargo, la simplificación de la decisión entre un sí y un no, asegura que, necesariamente, el resultado obtenido tenga que ser por mayoría absoluta con todas las ventajas de legitimación que esto aporta.[15]

Pero, a pesar de este denominador común, hay importantes diferencias entre las dos variantes de esta consulta, cada una de las cuales adopta nombres distintos. Las palabras empleadas para nombrarlas no se corresponden unívocamente con esa distinción conceptual. A veces se ha llamado plebiscito lo que otras veces se ha entendido por referéndum y viceversa, y ha ocurrido que distintas realidades se han designado con la misma palabra. Pero, independientemente del uso errático de las designaciones, lo cierto es que se pueden establecer diferencias entre el referéndum y el plebiscito.

El referéndum es un acto más normal y regular que el plebiscito, el cual tiene características de excepcionalidad y que, muchas veces sin haber sido previsto para ello, es producto de una crisis y se recurre a él como un medio extraordinario para resolver la misma. De los referenda suelen resultar actos de carácter normativo general y así tenemos la conocida clasificación en constituyentes, constitucionales, legislativos y administrativos. Esta clasificación expresa muy bien la circunstancia de que el referéndum tiene por supuesto un acto estatal previo al cual confiere validez. El plebiscito, en cambio, es, a menudo, un acto individual cuya significación reside en sí mismo.

Maurice Duverger[16] anota que del referéndum conviene distinguir el plebiscito que es un procedimiento de gobierno mixto. Mientras que el referéndum es la aprobación de una reforma, el plebiscito consiste en dar su confianza a un hombre; en el primero se vota sobre un texto, en el segundo sobre un nombre. Sin embargo, por una sensible confusión terminológica, el Derecho Internacional llama plebiscito a los votos de las naciones sobre su independencia o sus fronteras, que son en realidad referéndum.

---

[15] Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE): *Reformas para el Cambio Político: Las transformaciones que la democracia reclama*. Volumen 3, Caracas - Venezuela, 1993.

[16] Duverger, Maurice: *Manual de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques.* Séptima Edición. París, 1963, p. 227.

Para tratar la distinción más palmariamente es necesario circunscribirse al derecho venezolano, en el cual, como ya dijimos, no se consagra el plebiscito como medio de participación política, y se encuentra una novedad constitucional: el Referéndum Revocatorio.

Si sabemos que el plebiscito surge en condiciones de excepcionalidad (caso Pinochet, Chile) damos por sentado que el constituyente venezolano, acorde con los principios de participación democrática instaurada en la novísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, le permite al pueblo revocar el mandato de sus funcionarios elegidos de forma popular en tanto que éste no cumpla con ellos. Es un medio altamente democrático que refleja la voluntad popular de destituir o no al funcionario electo que se torne incompetente, corrupto y antidemocrático, al cual le han perdido confianza. Y afirmamos, distinto del plebiscito.

En este sentido el artículo 72 de la Constitución de 1999 señala lo siguiente:

Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

> Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.
>
> Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.
>
> La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.
>
> Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato.

La revocación del mandato es un mecanismo democrático fundado en el principio de participación en los asuntos públicos conforme lo dispone el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra la obligación del Estado y de la sociedad en facilitar la generación de las condi-

ciones más favorables para su práctica, lo que permite a los ciudadanos resolver por sí mismos los problemas importantes, de modo que la aplicación del ordenamiento jurídico vigente no impida la manifestación de la voluntad popular por efecto de dicha aplicación

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el vocablo revocación proviene de la palabra latina *"revocatio"*, que significa remover o cambiar, la cual deriva de la voz original latina *"revoco"*, que quiere decir llamar o apelar de nuevo. En inglés recibe el nombre de *"recall"*, palabra que puede traducirse como volver a llamar o nuevo llamamiento.

Domínguez Nassar señala que el *recall* es la facultad concebida al pueblo para promover o lograr la destitución o revocatoria de la representación de un funcionario o elegido, cuando éste se conduzca en sus funciones en forma contraria a los intereses populares o del Estado en general.[17]

Por su parte, Francisco Miró Quesada Rada sostiene que *"la revocatoria consiste en el derecho que tiene el pueblo para cambiar a las autoridades que eligió antes que expire su mandato, o a los funcionarios públicos que ocupan altos cargos en la estructura del Estado y cuyas decisiones afectan a los ciudada*nos". Por ello, destacó que la revocación presentaba las siguientes ventajas: 1) autoriza que los electores puedan remover a las autoridades de sus cargos *"porque le han perdido la confianza"*; 2) permite recordarle a las autoridades que la ineficacia puede ser sancionada por medio de la remoción y que su gestión es el producto de una función pasajera; 3) incrementa el interés ciudadano en los asuntos públicos, porque les permite participar de manera directa en la toma de decisiones políticas.[18]

El pasado 15 de agosto del presente año se llevó a cabo en nuestro país el Referéndum Revocatorio en contra del Primer Mandatario Nacional, Hugo Rafael Chávez Frías.

Ante el descontento por una parte de la población venezolana con la gestión política del Presidente de la República y existiendo la posibilidad (por primera vez en la historia política venezolana) de revocar el mandato del mismo, al estar consagrado constitucionalmente este mecanismo de participación política, y

[17] Domínguez Nassar, Jorge: *El Estado y sus Instituciones*. Repromul S.R.L., Valencia, 1979, p. 283.
[18] Quesada Rada, Francisco Miró: *Democracia Directa y Derecho Constitucional*. Arte y Ciencia Editores, pp. 157-173.

habiendo concurrido un número superior al 25% de los electores, se llevó a cabo este Referéndum Revocatorio. Todo es muestra del modelo democrático electivo, participativo y protagónico instaurado en Venezuela a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, en la cual se concibe a la gestión pública y la preservación y fomento del bien común como un proceso en el cual se establece una comunicación permanente entre gobernantes y ciudadanos, entre los representantes y sus representados, lo cual implica una modificación radical, a saber, de raíz, en la orientación de las relaciones entre el Estado y la sociedad, en la que se devuelve a esta última su legítimo e innegable protagonismo, a través del ejercicio de sus derechos políticos fundamentales, y entre éstos encontramos el derecho a revocar a sus gobernantes.

La pregunta del Referéndum Revocatorio era **"¿Está usted de acuerdo con dejar sin efecto el mandato popular, otorgado mediante elecciones democráticas legítimas al ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, como Presidente de la República Bolivariana de Venezuela para el actual período presidencial?"**

Los resultados obtenidos fueron los siguientes:[19]

Opción NO: 5.800.629 Esto representa un 59.25% del Cuerpo Electoral

Opción SÍ: 3.989.008 Esto representa un 40.75% del Cuerpo Electoral

El Boletín Electoral arrojó los siguientes datos:

Total electores Inscritos: 14.027.607 Total Actas: 23.873
Total Votantes escrutados: 9.815.631 (69.92%) Total Actas Escrutadas: 23.682 (99.2%)

Total Votos Escrutados: 9.815.631 (100%)
Total Votos Válidos: 9.789.637 (99.74%)
Total Votos Nulos: 25.994 (0.26%)

Total Participación: 9.815.631 (69.97%)

Total Abstención: 4.211.976 (30.03%)

Ante estos resultados ha habido reacciones, de toda índole. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su oportunidad y ante recursos de

[19] Fuente: página web: www.cne.gov.ve, y Revista Informativa del Consejo Nacional Electoral, Poder Electoral, Año 1, Número 1, Septiembre - Octubre, 2004, p. 23.

interpretación del artículo 72 de la Constitución de 1999 interpuestos, ha delimitado ciertos aspectos del mismo.[20] Esta Sala Constitucional como máxima garante de la integridad y vigencia del Texto Fundamental, así como en el desarrollo del poder que expresamente se le atribuye para la interpretación vinculante de sus normas, por medio de reiteradas sentencias,[21] no se ha paseado por las corrientes que días después se han sembrado en las mentes de un sector minoritario de la población.

En otras palabras, ante el descontento por una decisión que no acepta términos medios se ha creado en la población disidente una mentalidad profundizadora de los conflictos más que resolverlos. Los resultados han sido vistos con desconfianza desde perspectivas centradas, más en la representación que en la participación, y ansiosos de fomentar cualquier desestabilización que pudiera derivarse de sus afirmaciones, han sobrepuesto sus intereses sobre la mayoría del Cuerpo electoral venezolano, y han olvidado lo que significa un acto de semejante naturaleza democrática, en la que el pueblo ejerció de modo inmediato y directo las funciones públicas que le corresponden. Aunado a esto encontramos un exceso de mediatización de la voluntad popular que ocasionó en su momento conflictos y pérdidas invaluables, y frente a esto, en un mismo panorama, el mecanismo político-participativo del referéndum revocatorio que sirvió para zanjar de manera definitiva cuestiones en las cuales se dudó que el pueblo mismo iba a tener el ímpetu y autoridad necesarias para decir la última palabra. En efecto, así lo hizo y el resultado nos lleva a ratificar al ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías como Presidente de la República Bolivariana de Venezuela.

De seguidas, pasamos a retomar el contenido del artículo 72 de la Constitución de 1999. Lo que es motivo de duda y polémica es el aparte siguiente:

> Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se pro-

[20] Ver sentencia número 457 de fecha 05 de abril de 2001, número 759 de fecha 16 de mayo de 2001, número 1139 de fecha 05 de junio de 2002, número 137 de fecha 13 de febrero de 2003, número 2432 de fecha 29 de agosto de 2003, número 2663 de fecha 06 de octubre de 2003, entre otras.

[21] Ver sentencia número 1007 de 22 de septiembre de 2000, número 1309 de fecha 19 de julio de 2001, número 867 de fecha 08 de agosto de 2002 y número 2926 de fecha 20 de noviembre de 2002.

> cederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.

Y esto es así, porque se ha creado la matriz de opinión (sin ahondar en el supuesto fraude que denuncia la población disidente) de que, con base a lo precedentemente establecido en el artículo 72, el Presidente estaría revocado de su mandato, ya que hubo un mayor número de electores que votó a favor de su revocación tomando en cuenta los votos que el Presidente obtuvo en la elección pasada. En otras palabras, al establecer el artículo que cuando mayor número de electores o electoras que eligieron al funcionario hubieren votado a favor de la revocación se considerará revocado su mandato, se pretende creer erróneamente que el Presidente, al obtener mayor cantidad de votos para revocar su mandato que los obtenidos en las elecciones que lo proclamaron como Primer Mandatario Nacional, debería ser destituido de la Presidencia de la República.

Y ciertamente de una interpretación estricta y literal no hay sino un análisis formalista y estéril que conllevaría a afirmar que el ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías está revocado de su mandato.

La interpretación es darle el sentido propio de las palabras, y son diversos los métodos o sistemas que pueden ser utilizados en el caso de la norma constitucional, a saber, auténtica, judicial, literal, lógica, sistemática, restrictiva, extensiva, analógica, histórica, política, evolutiva y teleológica o finalista.

No podemos interpretar los resultados de forma aislada, sólo puede verificarse dentro de un contexto muy particular, como lo es el actual, de orden político y social, e integrarse a los principios que preconizan la nueva fisonomía del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, de tal manera que la labor interpretativa se realice de forma concatenada con la Constitución de 1999, como norma suprema inspiradora de todo el ordenamiento jurídico.

Aunque para algunos resulta lógico que se exija que la revocación del Presidente se produzca en virtud de la misma cantidad de votos, e incluso uno más, de los que previamente lo favorecieron cuando quedó investido del cargo público que ejerce, siempre que un *quórum* mínimo considerable de electores inscritos en el Registro Electoral hayan concurrido a desaprobar la gestión del mandatario cuestionado,[22] no es menos lógico que con basamento a los postulados democráticos que rigen al país, el principio de las mayorías, la igualdad

[22] Ver sentencia número 1139, de fecha 05 de junio de 2002.

natural de todos los hombres, el consentimiento, el respeto de las minorías son postulados que unifican criterios, que hacen indivisible la idea de hombre en sociedad, que aúpan la democracia como mejor sistema de gobierno, y sin los cuales, hoy día, ninguna civilización le agradaría desarrollarse. Si bien es cierto que las condiciones cuantitativas determinadas en el artículo 72 de la Constitución de 1999 se establecen con el propósito de demostrar fehacientemente la veracidad de los resultados obtenidos en el referéndum ejecutado, en tanto exista descontento en la gestión del funcionario, no es menos cierto, que de los resultados ciertamente se colige que el descontento no proviene de la mayoría de la población; todo lo contrario, un número elevado de personas difieren de aquellos que pregonan la mala gestión del Primer Mandatario Nacional. Luego, no puede verificarse de ninguna forma la ineficacia, ineptitud o corrupción en la actividad llevada a cabo por el Presidente, ya que si fuese así, con la conciencia y cultura democrática que caracteriza al pueblo venezolano, de cierto, los resultados hubiesen sido distintos.

No consideramos que los resultados arrojados por el Consejo Nacional Electoral son resultados que revocan al actual Presidente de la República; por el contrario, son la expresión mayoritaria de una sociedad de masas, de un pueblo organizado que apegado a la normativa constitucional ejerció su derecho para que su opinión y posición prevaleciera.

Un resultado numérico no puede colocarse por encima de un sistema de principios, ni su interpretación puede llegar a contrariar la teoría política propia que sustenta la Constitución misma. Desde esta perspectiva es nugatoria cualquier teoría que postule derechos o fines contrarios a los cimientos del Estado social de derecho y de justicia que nos caracteriza, al pluralismo político y respeto a los derechos fundamentales, a la soberanía, y por consiguiente toda matriz de opinión que gire en torno a la revocación del mandato del Presidente Hugo Rafael Chávez Frías carece de todo basamento político y atenta contra toda modalidad democrática que informa a nuestro Texto Fundamental.

No debemos interpretar el contenido del artículo 72 fuera del contexto normativo en el que está enmarcado. Debemos incluir el resultado de ambas opciones de forma sistemática a la luz de todo el ordenamiento jurídico, cuyo significado no resulta aislado de la Constitución. La interpretación sistemática acá se refiere a la conexión y posición de un resultado numérico y un precepto jurídico en el complejo global de la Carta Fundamental.

De esto se colige que sobre las bases de los principios de Estado democrático y social, la Opción del NO predominante el pasado 15 de agosto de 2004 es fiel

reflejo de la voluntad general (en el sentido rousseauneano), es la imagen del deseo democrático del pueblo, de su voluntad, de la mayoría (en el sentido lockeano) y de eso no debe quedar ninguna duda. El pueblo venezolano, en el Referéndum Revocatorio, ratificó el mandato de su máximo representante, Hugo Rafael Chávez Frías.

Para complementar lo explanado, hacemos referencia a una de las más lúcidas investigaciones sobre la esencia de la democracia, la hecha en el terreno del análisis de la realidad y no en el de las normas positivas de cualquier sistema o en la "teoría general del Derecho", la de Hans Kelsen.[23] La misma proporciona a las anteriores conclusiones un respaldo completo.

> No menos que cualquier otro sistema político, la democracia no puede evitar que los hombres sean mandados por sus semejantes. Pero la conciencia política protesta contra esta denominación. El conflicto se resuelve mediante una transferencia: construyendo una misteriosa voluntad colectiva y una persona colectiva casi mística distinta de la voluntad y de las personas individuales, es ella quien se presenta como el sujeto de la política; es de ella –la persona anónima Estado– y no de ningún individuo de carne y hueso, de quien se hace emanar el imperium.
>
> La democracia –sigue diciendo Kelsen– es una forma de Estado o de sociedad en la cual la voluntad general se forma, o –sin metáfora– el orden social se crea por quienes va a regir, el pueblo. Democracia significa identidad entre el sujeto y el objeto del poder, de los gobernantes y de los gobernados, gobierno del pueblo por el pueblo. Pero ocurre que este pueblo no aparece como uno, en un sentido mínimamente preciso, más que desde el punto de vista jurídico; su unidad... resulta en el fondo de un dato jurídico: la sumisión de todos sus miembros al mismo orden estatal.

Además se ha insistido[24] en la necesidad de definir la democracia no como el triunfo de lo universal sobre los particularismos, sino como el conjunto de

---

[23] Kelsen, Hans: *Von Wessen und Wert der Democratie.* Segunda Edición, Tübingen, 1929. Citado por García de Enterría, Eduardo: *Democracia, Jueces y Control de la Administración.* Quinta edición ampliada. Editorial Civitas. Madrid-España, 2000, pp. 55-56.

[24] Ver: Touraine, Alain: *Qu'est-ce que la démocratie?*, 1994. Citado por García de Enterría, Eduardo: *Ob. Cit.*, p. 68-69.

garantías institucionales que permiten combinar la unidad de la razón instrumental con la diversidad de las minorías, el intercambio con la libertad. La democracia es una política de reconocimiento del otro. Por ello la soberanía popular conduce a la democracia a condición de que dicha soberanía no sea triunfante, que permanezca un principio de oposición al poder establecido, sea éste cual sea. Así, en lugar de dar una legitimidad sin límite a un poder popular, la democracia introduce en la vida política el principio de moral de que quienes no ejercen el poder en la vida social disponen de un recurso para defender sus intereses y para mantener sus esperanzas de poder ocupar algún día ese poder. Sin esta presión social y moral, la democracia se transforma rápidamente en oligarquía, por la asociación del poder político con todas las otras formas de dominación social. La democracia no nace sólo del Estado de Derecho, sino de la apelación a principios éticos –libertad, justicia–.

En este sentido, y para finalizar, es que deben enmarcarse los resultados abrumadores obtenidos en contra de la revocación del mandato del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, que responde no a matices políticos indefinidos sino al sentir del pueblo como verdadera condición existencial del Estado que informa al Derecho de nuestro país. Como la voluntad no de un sector excluido, sino de un sector mayoritario consciente de la democracia como forma de gobierno en la que el poder político es ejercido por el pueblo mismo, que aplaude al nuevo sistema participativo y protagónico que modela nuestra Constitución, ya que le permite, en la realización del principio de soberanía popular inherente al sistema democrático, valerse de mecanismos por medio de los cuales expresen directamente su voluntad.

Lo que aconteció en Venezuela el pasado 15 de agosto de 2004 marca un hito en la historia política venezolana, que se traduce en la consumación de todos los principios, basamentos y postulados que informan a nuestra Constitución como Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia. Y su resultado, máxima expresión de la voluntad popular: la ratificación del Primer Mandatario Nacional, Hugo Rafael Chávez Frías.

Derechos existenciales y la cuestión social

Héctor Raúl SANDLER*

1. Los derechos subjetivos de las personas suelen comprenderse, únicamente, dentro de un cierto sistema. Esto aparece claro cuando se trata de determinar los derechos subjetivos de un individuo concreto en una situación de la vida real. El referente necesario para esa determinación es el *ordenamiento jurídico*; esto es, el *derecho positivo* en el que se ha dado esa situación. Derecho positivo en el que la *persona* es tan sólo un *sujeto jurídico*. Un individuo puede ser titular de cierto derecho subjetivo el Estado A, pero carecer en absoluto de semejante derecho en el Estado B.

Las afirmaciones precedentes consideran como *sistema de referencia* a lo que denomino "ordenamiento jurídico", sistema de normas al que los tratadistas sue-

* **UBA,** Facultad de Derecho,Profesor Consultor en Filosofía Social y Jurídica. **ICE (Instituto de Capacitación Económica)** Director. Obras del autor que aluden al tema de este artículo: *Alquileres e inflación. Un examen de las relaciones existentes entre el orden jurídico, el orden económico y la renta fundiaria*, JUS, México, 1977; *Alquileres e inflación. Un examen de las relaciones existentes entre el orden jurídico, el orden económico y la renta fundiaria*, JUS, México, 1977; *Restablecer la democracia*. Cuadernos de Difusión Popular, México, 1980; *Impuestos. La lección del parquímetro. Un sistema de impuestos para reactivar la economía argentina*, ICE, Buenos Aires, 1999; *Filosofía jurídica, problemas sociales y derecho correcto*, Facultad de Derechos-ICE, Buenos Aires, 2000

len nombrar también como "derecho en sentido objetivo". Se entiende por tal un *conjunto de proposiciones conteniendo normas jurídicas, fundado en ciertos principios generales y configurable en un sistema teóricamente cerrado.*

Tras la identificar "derecho" con "ordenamiento jurídico", aparece como consecuencia inevitable reducir la *ciencia jurídica* a lo que se conoce como *ciencia dogmática*, la que para colmo de divide en múltiples *"ramas*", las que a su vez dan pie a una creciente *especialización en la teoría y en la práctica profesional.* A la compleja red normativa se superpone un *conocimiento especializado*, *parcial* y *fragmentado*, que acaba no sólo por ocultar por completo el objeto principal al que debe dedicarse el jurista, *el derecho*, entendido como de *orden jurídico*, sino que parcializa y fragmenta a la misma realidad. De este modo la falta de armonía social que se advierte por doquier y gran número de conflictos sociales y los reiterados estertores que agitan a la vida actual, denominados "crisis", tienen –paradójicamente– origen en aquello que debiera ordenarlas en paz: el derecho.

2. El orden jurídico no es un mero sistema de normas sino uno de los *órdenes de vida* que conforman el *viviente organismo* llamado sociedad humana. Es un hecho real e histórico y como tal en constante relación con otros hechos de la realidad y, además con toda ella, sujeto a la ley de la evolución. Sobre este orden jurídico, que en una sociedad sana se ha de conjugar armónicamente con otros órdenes de vida social (el *orden político*, el *orden económico* y el *orden cultural*), y todos éstos con el *orden de la naturaleza* y el *orden espiritual*, debe asentarse el ordenamiento o derecho positivo. Pero las cosas no son así.

El Estado contemporáneo se ha atribuido de modo principal y monopólico determinar qué es derecho. El resultado a la vista es que el común de las personas, inclusive la clase más culta y la mayoría de los hombres de derecho, tengan por derecho al conjunto de leyes, reglamentos y otras disposiciones dictadas por el *poder político,* en su versión legislativa, ejecutiva y judicial. Una ciencia jurídica reducida a la dogmática, capaz de desarrollar, en apariencia, inteligentes teorías, para conocer, interpretar y aplicar ese derecho positivo, remacha la posibilidad de conocer al derecho correcto. Esta ciencia contribuye de modo casi definitivo a impedir que se sepa *qué es, cómo debe ser y cuáles funciones ha cumplir el orden jurídico, para en la tarea de constituir una sociedad saludable en sí y saludable para sus miembros.* No puede extrañar que tras ese oscurecimiento, la emergencia de los "derechos humanos" como algo que, por principio, precede al Estado y al derecho positivo que éste dicte, se deba más al sacrificado trabajo hecho, aquí y allá, por quienes han sufrido su violación, que a la labor de la gran masa de pensadores, sin perjuicio –justo es reconocer-

lo– que excepcionales pensadores han echado luz a la cuestión, suministrando fundamento moral a la heroica lucha de quienes se han jugado, a veces la vida, para que sean mundialmente reconocidos.

3. Con el tiempo, los mismos Estados han firmado tratados internacionales que dan por descontado la existencia de *otros derechos* subjetivos fuera del ordenamiento jurídico estatal. Así la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la asamblea de las Naciones Unidas, en su artículo primero expresa: *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"*. He subrayado la palabra "derechos" porque con ella se reconoce (en el contexto de la frase y de la Declaración), que existen *derechos de los hombres* por fuera y por encima del derecho positivo de cada Estado. Estos derechos son diversos y suele colocárselos en una caja de sastre con el rótulo "derechos humanos".

Nuestra Constitución Nacional es admirable por su adelanto en este punto. Basta con leer con atención y sin prejuicios al Preámbulo, para ver que en cierto momento de su evolución, *el pueblo argentino*, mediante sus representantes, *"invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia*", se compromete a constituir una sociedad para brindar precisos *bienes públicos*: *la unión nacional, la seguridad interior, la defensa común, el bienestar general y la libertad, para nosotros y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino.* No sólo se sostiene a la libertad individual en todos los órdenes de la vida como motor de la evolución y perfección de la persona y la sociedad, sino que expresamente *exime de la autoridad de los magistrados del Estado* a los actos de quienes ejerciendo esa libertad, no causando daño a terceros ni ofendiendo al orden y la moral pública, *reserva al juicio de Dios* (Artículo. 19).

Ni Dios, ni el orden público ni la moral pública, son esferas originarias del derecho positivo. Estas y *otras esferas de la vida* humana, tienen su propia *legalidad intrínseca*, sus propias leyes, sobre las que la ley del poder político no debe, en principio, avanzar. Cierto es que esas singulares leyes, propias de cada orden, se trate del político, del económico o del cultural, pueden, en ciertos casos ser insuficientes o afectarse indebidamente entre sí, lo que es malo para la salud del *organismo social*. Es ahí donde nace, se justifica y lucen la necesidad y la gran importancia del derecho positivo, en cuanto es dictado justo para que aquellos diversos órdenes puedan seguir cumpliendo su específica función ordenadora, en lo individual y lo social. El derecho positivo ha de dictarse para asegurar el *metabolismo* propio del ser humano y de la humana

sociedad. La Constitución pone un categórico límite al poder del Estado para dictar derecho positivo catabólico: el artículo 28.

3. ¿Se tratan estas disposiciones de nuestra Constitución originaria de residuos del hoy descalificado Derecho Natural? Que los hombres por milenios consideraron que existía un superior ordenamiento jurídico, de origen *no humano*, al que debían ceñirse los gobernantes políticos, está fuera de cuestión. Pero, también es verdad que, como parte de un vasto proceso de evolución cultural, a partir de mediados del siglo XIX, el Derecho Natural (en sus diferentes versiones) fue primero puesto en duda, hasta que, finalmente, quedar descartado por la filosofía y ciencias sociales dominantes.

Sin embargo, ese descarte de tal Derecho Natural no ha impedido que los hombres de muy diversas sociedades, en determinadas situaciones de la vida social, invoquen "derechos humanos" o "fundamentales", a los que consideran existentes, no sólo por fuera sino en oposición a leyes dictadas por el Estado. A semejanza de los artículos citados de nuestra Constitución y de la Declaración de la Asamblea de la ONU, hay que agregar, entre otros, pronunciamientos la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de la Revolución Francesa, el *Bill of Rights* que se enmendó la Constitución de los EE.UU., y otros más recientes como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pero además, en segundo, pero no inferior lugar, vemos a diario reclamos formulados por destacados hombres aislados y en ocasiones por enardecidas multitudes en muy diversos lugares del mundo, protestando por la violación de ciertos derechos a los que estiman fundamentales. En la mayoría de los casos es denunciado como principal violador de esos derechos humanos, nada menos que al derecho positivo vigente. Miles de organizaciones no gubernamentales bregan sin cesar para que se modifique ese derecho positivo a los efectos que "ciertos derechos" que emergen de otros "órdenes de vida" sean respetados.

4. No parece necesario ni conveniente reabrir el debate sobre la existencia de un sistema único de Derecho Natural. Desde la perspectiva histórica y vistos los argumentos utilizados en centenarios debates anteriores, la suerte parece definitivamente echada en contra del reconocimiento de un sistema de Derecho Natural. A lo sumo se lograría conseguir cierto consenso a lo propuesto por el filósofo italiano Norberto Bobbio en estos términos:

> El problema del fundamento de un derecho se presenta en forma diferente según se trate de un *derecho que se tiene* o de un *derecho que se debería tener*. En el primer caso buscaré en el ordenamiento

> jurídico positivo, del cual formo parte como titular de derechos y deberes, si existe una norma válida que lo reconozca y cuál es ésta; en el segundo buscaré buenas razones para sostener su legitimidad y para convencer a la mayor cantidad de personas posible, especialmente a los que detentan el poder directo o indirecto de producir normas válidas en aquel ordenamiento, de la necesidad de reconocerlo. [Bobbio N., *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, subrayado, nuestro].

5. No es ésta una idea demasiado fructífera. Deriva de la falacia de identificar *consenso* con *verdad*. Se trata más bien un desplazamiento de la cuestión, pues no se nos da explicación alguna acerca del porqué cierto *protoderecho* merece ser reconocido por la autoridad. *Conocer* y *reconocer* según el diccionario de la lengua tienen significados semejantes. Sin embargo, el prefijo *'re'* en el verbo 'reconocer 'denota la idea de una repetición de la acción o la de admitir lo que antes se negaba'. En el caso de los derechos humanos, quien brega ante la autoridad para que se le 'reconozcan', alude a algo que –por alguna razón, que Bobbio no da– merece ser incorporado al derecho positivo estatal.

Sin embargo hay algo sugerente en la idea de Bobbio. En ella palpita el reconocimiento a una situación parecida al que actúa para que se le reconozca la paternidad, tomado esto como ejemplo. En este caso se trata de elevar al *status* de ordenamiento jurídico lo que como preforma ya pertenece al *ordo naturalis*, al mundo de lo real. La preforma de la paternidad jurídicamente reconocida está en el *orden biológico*. Desde este punto de vista uno puede decir que cuando alguien o algunos pretenden convencer a la autoridad que tienen un "derecho" que merece ser legalizado, es porque hay *cierta realidad que ya está presente* en condiciones tales que merece, requiere o debe ser expresada por el derecho positivo en términos de normas jurídicas: *supuestos y consecuencias coactivas.* Esta materia o dato de la realidad proviene de *órdenes específicos extrajurídicos.* Por un lado, aquellos que, como órganos, vertebran la sociedad en un complejo *organismo viviente*: el orden político, el económico y el cultural. Por otro lado, este orden social y los individuos miembros viven y se desarrollan entre el orden material del mundo (la naturaleza) y los órdenes espirituales que a los hombres inspiran. Entre ambas esferas de lo material y lo espiritual viven los hombres y sociedades en singular tensión por causa de la particular estructura del ser humano.

Ninguna de estas caracterizaciones puede hacerse si no se construyen claros conceptos que distinga *ordenamiento* y *orden*, entre *derecho positivo* y *orden jurídico, materia y espíritu*.

5. El *orden jurídico* es un *sistema de relaciones sociales reales.* Un *sistema social especial* que junto con otros, los hombres reales, vertebran con su actuar cooperativo en la sociedad. Órdenes reales que en recíproca retroalimentación dan lugar a esa totalidad llamada con el nombre colectivo de *"orden social"*.

El orden jurídico ha de ser visto como una *unidad*, integrada por *múltiples elementos* (personas y cosas), en variadas y recíprocas *relaciones de hecho*, las que se cumplen según *pautas regulares*. Unidad que comparte la realidad social con otros *órdenes unitarios de vida*, todos los cuales, a su vez, forman parte de órdenes mayores. Es en ese orden de vida llamado orden jurídico dónde aparecen *derechos subjetivos de esos hombre en tanto personas*. En el ordenamiento jurídico no hay personas, hay *sujetos jurídicos*. Media gran diferencia conceptual entre persona y sujeto jurídico. Cualquier entidad a la que el ordenamiento *haga* centro de imputación de derechos y obligaciones, se trate de un ser humano, de una asociación de hombres, de una herencia vacante o de un patrimonio de afectación, es un sujeto jurídico. En cambio en el orden jurídico sólo los seres humanos *son* sujetos de derecho. En el ordenamiento jurídico hay sujetos jurídicos; en el orden jurídicos hay hombres. La dogmática jurídica ha identificado ambos conceptos con grave confusión. Mientras en el orden jurídico es imposible negar *personalidad* a cualquier hombre, en el ordenamiento es posible que algunas personas no sean sujetos de derecho. Así los esclavos en la antigua Roma y en toda sociedad esclavista o bajo en el nazismo del Tercer Reich, en el que los judíos no eran sujetos de derecho. Esto es legal dentro del ordenamiento; pero es una aberración dentro del orden jurídico. Lo importante –desde esta perspectiva– es que el orden jurídico es el tribunal ante que debe rendir cuenta de su *legitimidad* el derecho positivo.

6. Ahora podemos obtener una primera conclusión: es en el orden jurídico en donde florecen, según el estadio de evolución espiritual de la humanidad, los *derechos humanos.* Aquellos derechos que corresponden sin excepción posible a todo hombre, pues son facultades que corresponden a su singular *estructura ontológica*, sin cuya existencia y goce el ser humano deja de serlo o es degradado como tal.

Ahora bien: es desde el *orden político*, como lugar real, el sitio desde el cual el titular del poder o la fuerza que ese orden confiere, quien ha de poner en existencia al derecho positivo (ordenamiento jurídico), cuya función es hacer *patente* al derecho que en orden jurídico late. En otras palabras, *la función del ordenamiento jurídico es manifestar al orden jurídico*, haciendo claro y cierto, lo que es oscuro es impreciso. En el acto de positivar, el poder político puede acertar o errar (por ignorancia o intereses egoístas) y poner en existen-

cia con sus proposiciones normativas un ordenamiento jurídico correcto o incorrecto. Entonces cobra sentido la expresión de Bobbio: quienes *visualizan* por su *sabiduría* ciertos derechos del hombre desde la perspectiva del orden jurídico, bregan, luchan, para que el poder político los reconozca. Es decir, los haga patente dictando la proposición pertinente. Que los haga visible y de obligatorio respeto, ya por voluntaria aceptación o compeliendo por la fuerza coactiva que el orden político le confiere.

7. ¿En qué consiste esa *sabiduría* que permite reconocer en el orden jurídico a los derechos del hombre? Consiste en un refinado conocer de *dos realidades* constitutivas de los *fundamentos ontológicos* del ordenamiento jurídico.

El derecho positivo no es el resultado de un ejercicio lúdrico. *Es el efecto del intento de la autoridad para resolver problemas sociales*. La necesidad de positivar una norma jurídica (contenida en proposiciones muy diversas, que van desde una ley a una sentencia, pasando por cualquiera de los tantos actos jurídicos que los hombres celebran para normar sus conductas), aparece ante una *situación problemática.* Cuando en un punto del orden social, la textura normativa que regula nuestras conductas, por alguna circunstancia, se ha roto o tornado incierta, necesitamos del derecho positivo.

A modo de ejemplo, contemplemos el orden natural obrando en el ser humano. Este orden, *determina* que alrededor del primer septemio de vida, no sólo cambia sus dientes sino que sufra una gran transformación en todos los estratos de su ser. Otro cambio ocurre alrededor del segundo septemio: la adolescencia. Un tercero, cuando alrededor de los veintiún años entra en la edad adulta. Son leyes de la realidad natural, de las que dan cuenta la biología y la sociología, entre otras ciencias. El legislador al ordenar el sistema educativo, o los derechos civiles, las tiene muy en cuenta. *Pero les da acabada certeza*. Allá donde el orden de la naturaleza es inexorable, pero impreciso, el *ordenamiento jurídico* lo hace claro y cierto. Hay indudable potencia ordenatoria en la ley jurídica creada por la autoridad; pero de su existencia no se concluye que pueda ser arbitraria.

Lo que hemos descrito como "realidad natural" –mediante los ejemplos dados– son para el formulador del derecho positivo *datos* de una *realidad material* que contiene *determinaciones* que constriñen su poder ordenatorio.

8. No cuesta mucho esfuerzo reconocer que sin fuerza o poder no hay derecho positivo en el mundo. Pero también salta a la vista que ese poder ha de sintetizar en efectivo acto de creación *determinaciones* provenientes de la realidad material con *exigencias* provenientes de la realidad espiritual. El grado de belleza de esa obra de arte llamado ordenamiento jurídico se aprecia en el grado

de corrección del derecho positivado. Esto es, del acierto que se ha tenido al poner a la luz lo que el orden jurídico contenía en latencia.

Ahora estamos en mejores condiciones para reconocer que el nombre colectivo "derechos humanos" se refiere a efectivos *derechos del hombre*. Pero para una mejor comprensión y distinción entre esos diversos derechos humanos, hay que describir, aunque sea de modo general, la estructura del ser humano. Nada mejor para ese fin que empezar reflexionando sobre lo que vemos al contemplar con toda seriedad el cadáver de una persona que acaba de fallecer. Allí está, tal cual era hace pocos momentos. Pero lo que aquí está es sólo un *cuerpo físico*, sin vida. Hablamos, con respeto, de sus *restos*. Lo que resta de la persona luego que algo ha partido de este mundo.

Yace ante nosotros como dormido. ¿Es acaso, sin embargo, lo mismo que era ayer cuando efectivamente dormía? De ninguna manera. Verdad que dormida yacía *como* muerta; pero era entonces un ser con *vida*. En su dormir estaba inconsciente. No habría respondido a nuestras preguntas, entregado al reparador descanso. Pero estaba con *vida*. Una vida, si se quiere, vegetativa. Fue tan sólo al despertar de su dormir cuando se *reanimó.* Ciertamente estaba *animado*, pues ya despierto respondió a nuestro saludo. Sin embargo, le hubiera resultado difícil leer un texto oscuro o hacer un cálculo matemático. Sólo después de cierto tiempo, dependiendo de la psiquis de cada cual, estuvo despabilado, en plenitud de su capacidad para *razonar*, discutir, analizar.

Valga esta breve descripción para sostener que el hombre es un *ser corpóreo-vital-anímico-espiritual*. Tiene una estructura *cuaternaria*. Encontramos muchas semejanzas del hombre con el animal. Pero éste sólo tiene una estructura ternaria: físico-vital-anímico. Es sensible, inteligente, pero incapaz de *prometer* ni de *comprometerse*. Binaria es la de los vegetales, cuya vida es innegable, pero carecen de *ánimo*. Y, finalmente, tan sólo unitaria es la de la materia inorgánica. Su complejidad es asombrosa, pero se agota en lo físico.

El espíritu es así lo que lo distingue al hombre de todos los demás seres con existencia material. Este peculiar estrato de su ser no sólo lo singulariza del resto de la creación, sino que lo hace *único* entre todos los hombres. Hay género humano, pero no especie humana, porque *cada hombre es un mundo*.

9. De esta estructura cuaternaria nacen *derechos del hombre*. Pretensiones que tienen que ser satisfechas para que pueda *conservar la vida* como don recibido, por una parte, y por la otra, para poder *realizar* sobre esa base material *su vida,* su biografía *única*.

Estas pretensiones se dirigen, algunas, a sus semejantes, como individuos contemporáneos, y otras a la sociedad (como un todo diferente de las partes que lo integran), en tanto ella constituye su indispensable *hábitat*. Analizar ambos tipos de pretensiones es sumamente importante, pues no son homogéneas. Sólo algunas de ellas parecen ser el núcleo de *derechos existenciales*, en el sentido que de no ser satisfechas de modo completo, el individuo perece. Otras, en cambio, aunque satisfechas inadecuadas, si bien no causan la muerte del individuo, dificultan su desarrollo como *persona*. Éstas dan lugar a lo que puede llamarse *derechos de la personalidad*. Y finalmente, en este rápido bosquejo, por la condición de ser social del hombre, padece *necesidades de orden*, las que insatisfechas, si bien no causan su muerte, ni impiden de modo absoluto el desarrollo de su persona, frustran la realización de su vida plena. Esta última pretensión sería el núcleo de *derechos sociales del hombre*. Desde esta perspectiva habría tres categorías de derechos humanos: *derechos existenciales*, *derechos a la personalidad* y *derechos sociales*. Es tarea de la autoridad, como históricamente ha ocurrido, poner en existencia ordenamientos jurídicos que hagan viables a esos tres derechos humanos en términos armónicos. Pero no se piense que ello ha de lograrse en forma directa. Se lo ha de lograr *indirectamente* respetando a la vez esos tres derechos, en su medida adecuada, en cada uno de los específicos órdenes que el hombre configura en el orden social. El intento de lograrlo de una vez, en forma directa, es la causa de tantas declaraciones vacuas, subsistentes en los documentos, pero inexistentes en el orden social concreto.

10. En forma muy sumaria hemos dicho que la satisfacción de tales derechos depende en parte de individuos contemporáneos (ejemplo clásico, pero no exclusivo, es la familia). Y en parte deben ser satisfechos por la sociedad considerada como el organismo que brinda cobijo a sus miembros. Dado el desarrollo de la sociedad humana en la actualidad, es obvio que la palabra "sociedad" no refleja acabadamente quiénes son los obligados a satisfacer aquellos derechos. Todo el sistema institucional creado a lo largo de la historia de la civilización, propio de cada uno de los órdenes especiales que el actuar de los hombres forma en la sociedad, queda involucrado en la obligación, la que cada uno de esos órdenes debe satisfacer a su manera. Es preciso destacar aquí, que el derecho positivo, como *sistema potencialmente capaz de interferir en la manera de ser de todos los demás órdenes que el hombre configura*, tiene un papel tan central como descuidado. Es muy razonable pensar que gran parte de los problemas que afligen a la sociedad argentina sean causados por su enmarañado ordenamiento jurídico. Su opacidad es tan grande que no permite siquiera vislumbrar dónde, ese ordenamiento, asegura de modo efectivo,

la vigencia de los derechos humanos en el orden económico, político y cultural. Ninguna extrañeza debiera causar, en consecuencia, el general estado de desorden que caracteriza a la sociedad argentina y sus bruscos y frecuentes ataques como si tratara de liberarse de una telaraña que la asfixia.

11. Para dar una pista a necesarias reflexiones, propongo considerar que la sociedad se vertebra en cuatro órdenes de vida: el *económico*, el *político*, el *jurídico* y el *cultural*. Esta última palabra es en verdad también un nombre colectivo, pues ella nombra como órdenes articulados pero autónomos, otros órdenes de vida humana: el *religioso*, el *ético*, el *cognoscitivo*, el *educativo*, el *estético, el artístico* y, en general, en todos aquellos que tienen como agente activo principal el espíritu del hombre en libertad. Razones de economía en la exposición me llevan a englobarlos a todos bajo el nombre de "*orden cultural*".

Estos cuatro órdenes de vida social hay que ubicarlos –en un imaginario dibujo– en medio de dos órdenes extrasociales: por debajo, el *orden material de la naturaleza*, cuyas estructuras y leyes van poniendo en claro las ciencias naturales. Por encima el *orden de la realidad espiritual*, cuya composición y leyes tratan de esclarecer las ciencias del espíritu.

12. Así imaginado el esquema, dada la estructura corpórea del hombre, como parte de la naturaleza, es comprensible el *orden económico* sea considerado como un orden fundamental (en el sentido de cimiento de la vida material, social e individual). Esto lo ubica (en el imaginario dibujo) por debajo del orden político y jurídico y directamente encima del orden de la naturaleza. No se debe olvidar jamás que el *orden económico es el orden social humano por el cual, en diversa cooperación, los hombres extraen de manera directa del orden natural lo que necesitan para su vida individual y colectiva.*

13. Por encima del orden económico habría que dibujar el par *orden político* y *orden jurídico*. El primero se constituye para satisfacer la necesidad de *gobierno* (en sentido de la ciencia cibernética). El segundo, a la misma altura, el *orden jurídico*. Ambos órdenes están conectados entres sí, sirviendo el jurídico de referencia al orden político para poner en existencia al *derecho positivo*. A éste habría que dibujarlo como una "aureola" o circunferencia sobrepuesta al orden jurídico, porque es de éste su manifestación. El *derecho positivo* reactúa sobre el orden político imprimiéndole la *forma* de algún tipo de Estado (por ejemplo, el Estado de derecho, republicano, federal, etc.). También reactúa sobre el orden económico, imprimiéndole la *forma* propia de alguno de los tipos económicos primordiales (por ejemplo, economías de dirección central o economías coordinadas por mercados).

14. Sobre los tres órdenes –el económico, el político y el jurídico– habría que dibujar el *orden cultural*, nutrido por las percepciones del mundo espiritual, cuyos productos, como la llovizna dorada del Júpiter mitológico, caen sobre aquellos tres órdenes. *La intención es subrayar que la economía, la política y el derecho han de ser "espiritualizados"; pero esta espiritualización sólo puede provenir del orden cultural y no de ningún otro*.

15. Esta descripción era necesaria para destacar que la sociedad como un *todo unitario,* distinto de sus partes integrantes, tiene también una pretensión que satisfacer, si ha de ser el *hábitat* de sus miembros. Esta es una pretensión compleja que requiere de sus miembros aportes para satisfacer el *derecho existencial de la sociedad*. Estos "aportes" son los recursos del Estado.

Está claro que cuando el Estado carece de los recursos materiales necesarios para sufragar los gastos que demanda la oferta de bienes públicos, estos bienes no pueden ser satisfechos. Pero también es igualmente claro que cuando el Estado se hace de estos recursos de manera inapropiada, acaba por dañar a la sociedad y a sus habitantes.

En una economía desarrollada, los recursos del Estado son obtenidos en *valores de obligación* y no en *valores de producción*. Esto es, en títulos de crédito (entendido el término en sentido amplio) entre los que se destaca el *papel moneda*. La historia contemporánea y la historia argentina en especial, muestra que esos valores de obligación han sido obtenidos de tres fuentes: el *financiamiento público* (endeudamiento), los *impuestos* (*obligación legal* de pagar sumas de dinero calculadas en un tanto por ciento de lo producido, comercializado, vendido, etc.), y finalmente, la *emisión de moneda,* económicamente falsa en cuanto carezca de respaldo en un aumento equivalente de valores de producción.

Todos estos sistemas han sido legales, o sea, *creados por el ordenamiento jurídico*. Vista las diversas calamidades sociales que cada uno de esos medios ha sido capaz de producir, es responsabilidad del jurista sospechar de su *legitimidad*. Por no asumir esta sospecha, dado el desorden social que suele producir el endeudamiento público, interno y externo, la sobrecarga de impuestos y la inflación, en las últimas décadas han florecido teorías políticas, económicas y jurídicas de dudoso valor y, en su aplicación, de pésimos resultados. Así se postula la reducción extrema del Estado (teorías del Estado mínimo), la reducción del gasto público, al extremo de descuidar la oferta de los bienes públicos que dan sentido –no al Estado sino a la sociedad– (teorías del ajuste presupuestario), o la formulación y aplicación del derecho positivo teniendo a

la vista, de modo primario, su "costo" (*Law and Economics*). Sin perjuicio de la utilidad parcial de estas corrientes de pensamiento, ellas están lejos de dar en el clavo. Es decir, de *poner en evidencia el fundamento del derecho existencial de la sociedad y el modo adecuado para satisfacerlo*.

16. En ese sentido, y para cerrar este bosquejo, digamos que *debe lograrse la satisfacción de ese derecho existencial de la sociedad de modo armónico con los derechos existenciales de los hombres*. El cumplimiento de esta tarea demanda un replanteo sobre conocimiento que brindan las ciencias jurídicas y económicas en la actualidad.

La hipótesis de trabajo para avanzar en esta tarea se puede expresar mediante un antiguo proverbio: *por sus frutos se conoce el árbol*. Los frutos del desarrollo de esas ciencias –leyes dictadas según sus recomendaciones– han sido catabólicos para el orden social argentino. Se lo puede apreciar en los públicos datos de nuestra geografía humana: muerte prematura de millones de niños, la desocupación crónica de un tercio de la población trabajadora, la "barbarización" de las costumbres por los modos de vida de millones de familias hacinadas en tugurios, antros y villas miseria, que hacen de las principales ciudades focos sépticos para la vida, la obstaculización que sufren millones de individuos para desarrollar su personalidad, la humillante corriente migratoria que ha reemplazado de hecho la promesa constitucional de ofrecer un sitio a *"todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino"*. Se trata, en verdad de un hecho escandaloso, toda vez que a la sazón el noventa y nueve por ciento del territorio del país sigue siendo un desierto. A esto se debe sumar, la transformación de la *naturaleza real* del Estado: de una organización cuyo fin es bien público, se ha convertido en el ogro que devora a sus propios hijos.

Ambas ciencias –la jurídica y la económica– son básicas para informar al poder político en su tarea de configurar un derecho positivo que garantice de modo efectivo los *derechos humanos individuales* en su triple dimensión (*existenciales*, de la *personalidad* y de *buen orden social*) conjuntamente con el *derecho existencial de la sociedad*. De hecho se han desarrollado de modo ciertamente erróneo. Están a la vista su impotencia para diagnosticar la causa de aquellos males y, en consecuencia, el reiterado fracaso de los remedios recomendados. Esto último ha traído como daño colateral el descrédito de las instituciones políticas, sus integrantes e incluso del sistema democrático, republicano y federal.

Así la cosas, el reflexionar sobre los derechos existenciales del individuo y de la sociedad es cuestión primordial para afrontar la grave cuestión social que padece nuestro país.

La ciencia y sus valores

Ludwig SCHMIDT H.[*]

SUMARIO:

1. **La ciencia: 1.1** *El conocimiento teórico y práctico.* **1.2** *El método científico.* **1.3** *Ciencia y conocimientos.* **1.4** *Progreso y especialización.*
2. **El conocimiento práctico y la acción humana: 2.1** *Elementos de la acción práctica.* **2.2** *Los valores y modelos de conducta.*
3. **La verdad: 3.1** *La verdad como conformidad con lo real.* **3.2** *La verdad como inspiración.* **3.3** Las objeciones contra la verdad. **3.4** *La aceptación y el rechazo de la verdad.*

Conclusiones

1. LA CIENCIA

La ciencia es la actividad humana productora de conocimiento científico. Aquella actividad cultural humana que tiene como objetivo la constitución y funda-

[*] **Universidad Católica Andrés Bello,** Profesor Asociado. Dicta las cátedras de Ética de la Profesión en la Escuela de Administración y Contaduría, Introducción al Estudio del Hombre y Bioética y Derecho en la Escuela de Derecho. Investigador del **Centro de Estudios Religiosos** donde coordina el Grupo Transdisciplinario de Bioética. Miembro asociado en la Directiva del **Centro Nacional de Bioética**. Miembro del **Global Bioethical Network. Miembro del Comité Científico de la Sociedad Internacional de Bioética, Sección Latinoamérica.**

mentación de un cuerpo sistemático del saber.[1] Así definida, esta actividad podría confundirse con otras que tienen con un objetivo similar, como la filosofía, el arte, y hasta la misma religión. Pero la actividad científica se distingue de otras similares por sus características específicas: el conocimiento del que trata es un conocimiento racional, que se refiere al mundo material o naturaleza, cuyas regularidades quiere explicar y predecir; obtenido mediante un método experimental, del cual forman parte la observación, la experimentación y las inferencias de los hechos observados; es sistemático porque se organiza mediante hipótesis, leyes y teorías, y es un conocimiento objetivo y público, porque busca ser reconocido por todos como verdadero o, por lo menos, ser aceptado por consenso universal.[2] Así entendido, el concepto de ciencia debería aplicarse exclusivamente a las denominadas ciencias empíricas, como la física o la zoología, excluyendo a las llamadas ciencias formales, como la matemática y la lógica. Pero estas últimas son también ciencias en el pleno sentido de la palabra porque, si bien no se refieren a hechos de la naturaleza, son también un conocimiento universal, sistemático y metódico, proporcionan los instrumentos de cálculo e inferencia, necesarios para el método y la sistematización de las ciencias empíricas y, además, también mantienen alguna relación con la naturaleza, de la cual constituyen modelos o formas para pensarla.

1.1 *EL CONOCIMIENTO TEÓRICO Y EL CONOCIMIENTO PRÁCTICO*

El hombre posee una curiosidad innata de búsqueda del conocimiento y éste puede ser de dos clases: *teórico y práctico*. El primero da lugar a la *ciencia*; y el segundo es empleado para llevar a cabo *la acción humana.* Son dos clases distintas de conocimiento, aunque íntimamente relacionadas entre sí. Advertir esta diferencia evita el error, frecuente en el racionalismo,[3] de confundir teoría y práctica aplicando el estatuto propio de la primera a la segunda.

El esquema contempla primero la ciencia, después la acción humana y posteriormente, los modelos en los que ésta se basa. Son cuestiones que remiten de modo natural al problema de la verdad teórica y práctica. El conocimiento de la verdad, en sus dos vertientes, constituye una gran tarea humana, sobre

[1] *Cf.* Bunge, Mario: *La ciencia, su método y su filosofía* (Buenos Aires, Siglo Veinte, 1972) pp. 7-8.
[2] *Cf.* Ziman, J. M.: *El conocimiento público. Un ensayo sobre la dimensión social de la ciencia* (México, FCE, 1972) pp. 22-23.
[3] El racionalismo ha conformado durante mucho tiempo en Europa, principalmente en los siglos XVII al XIX, el modo de concebir la ciencia, la moral, el derecho y la política, etc. *Cf.* Carpintero, F.: *Una introducción a la ciencia jurídica, Cit.*, pp. 23-81; Sabine, G.: *Historia de la teoría política,* (México, FCE, 1991) pp. 315-320.

la que se funda el uso de la libertad. Mas, antes de hablar de verdad, es preciso esclarecer suficientemente el estatuto antropológico del conocimiento teórico y práctico.

La ciencia es la más importante realización del hombre moderno, pues le ha permitido llevar a cabo la transformación del mundo. Una aproximación a ella exige el máximo respeto, y la convicción de que quizá alberga en sí lo mejor que el talento humano ha producido. En el siglo XVII, el descubrimiento y la aplicación sistemática del modelo físico-matemático dio origen a un cambio de mentalidad que ha configurado toda la Edad Moderna europea. Creció entonces en Europa la confianza en la razón[4] y se desarrollaron de modo más rápido e intenso las ciencias físico-experimentales y, a partir del siglo XIX, las ciencias sociales.

Importa destacar ahora tres rasgos de la mentalidad que acompañó a ese desarrollo:

1. La convicción de que en la ciencia se daba un progreso lineal y ascendente, garantizado por métodos racionales, lo cual nos remite al *método científi*co.

2. La convicción de que la ciencia era un modo de conocimiento privilegiado sobre todos los demás, lo cual nos remite al lugar de la ciencia en el conocimiento humano.

3. La convicción de que aplicando la ciencia era posible conseguir un progreso indefinido en el mundo humano, lo cual nos remite a los límites de ese progreso.

Estas tres convicciones han sido hoy en buena parte superadas, y sustituidas por otras que resumirán a continuación.

1.2 *EL MÉTODO CIENTÍFICO*

Hoy en día parece que no es verdad que en la ciencia se dé un progreso lineal y ascendente, de que no avance por acumulación indefinida de conocimientos, sino con el auxilio de unos métodos que no siempre dan resultados satisfactorios y en ella influyen factores aleatorios de todo tipo (económico, político, cultural o ideológico).

---

[4] Este proceso, y sus dimensiones culturales, está bien resumido en Hazard, P.: *El pensamiento europeo en el siglo XVIII,* Guadarrama, Madrid, 1991, pp. 34-48.

El método más corriente en la ciencia es el *hipotético-deductivo:* parte de la observación, con los datos que adquiere elabora un modelo interpretativo, y procede a corregir el modelo inicial a partir de nuevas observaciones.[5] La metodología de las ciencias experimentales permite alcanzar una explicación de aspectos de la realidad: los datos de los que se sirve son siempre parte, enfoques, de la realidad que tiene como objeto. Con la información obtenida se construyen teorías que deberán ser verificadas por medio de la experimentación. Las teorías no son un reflejo directo de la realidad; son más bien un entramado abstracto, una red de modelos. Cualquier teoría es un reflejo de lo real por medio de ecuaciones, cantidades, medidas. La realidad no es números, lo conseguido por la ciencia sí. Por eso hay que insistir en que existe un conocimiento espontáneo y previo a la ciencia, y que ésta es parte de ese conocimiento, un desarrollo concreto de él.

Los numerosos partidarios del método hipotético-deductivo están convencidos de que la ciencia no avanza tanto por acumulación progresiva de conocimientos, como siguiendo el método estudiado por Karl Popper (1902-1994) de *ensayo y eliminación de errores*.[6] Según él, un investigador no debe justificar sus nuevas teorías, sino que está obligado a ser crítico con ellas y a buscar su refutación. Saber que algo es falso es un avance en el conocimiento, pues se ha evitado una apariencia. Cuantos más ataques supere, más verdadera será, aunque nunca estaremos seguros de la verdad de nada. La propuesta es más bien negativa, crítica. Parece decir: "antes de que otros ataquen tus hipótesis, atá-

[5] El método hipotético-deductivo supone que el contexto de descubrimiento no se atiene a reglas y procedimientos controlados, y sostiene que las hipótesis se admiten o rechazan según sea el resultado de la contrastación de las mismas: una hipótesis se justifica y acepta si queda confirmada por la experiencia (contexto de justificación) y se rechaza si es refutada. Resumiendo, el método hipotético-deductivo: 1) Parte de problemas; 2) Propone hipótesis para explicarlos: 3) Extrae consecuencias observables de las hipótesis; 4) Las somete a prueba; 5) Si la consecuencia es verdadera, confirma la hipótesis; 6) Si la consecuencia es falsa, refuta la hipótesis. La confirmación de hipótesis se ha entendido de diversas maneras, que van desde la verificación de hipótesis a la simple afirmación de que las confirmaciones reiteradas "dicen algo a favor" de la mismas, pasando por el concepto de mayor o menor probabilidad de una hipótesis.

[6] Popper, Karl (1934): *Logik der Forschung: Zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft* (Berlín Springer) como *The Logic of Scientific Discovery* (Londres-Nueva York, Hutchinson, 1959) Trad. cast. *La lógica de la investigación científica* (Madrid Tecnos, 1977[4]): Popper, Karl (1963): *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge* (Londres-Nueva York, Routledge). Trad. cast. *El desarrollo del conocimiento científico: Conjeturas y refutaciones* (Buenos Aires Paidós, 1979[2]); Popper, Karl (1972): *Objective Knowledge: An Evolutionary Approach* (Oxford, Clarendon Press). Trad. cast. *Conocimiento objetivo* (Madrid, Tecnos, 1974).

calas tú mismo".[7] A fin de cuentas, la falsedad es posible, mientras que la verdad se acaba convirtiendo en una búsqueda sin término.

Sin embargo, las teorías científicas tienen cierta validez, pues permiten alcanzar una explicación de algunos aspectos de la realidad. De un modo positivo, esto quiere decir que la realidad es mucho más rica que el modelo científico que nos ayuda a conocerla y por eso dicho modelo es modificable. A la hora de elegir entre dos modelos científicos, debemos elegir el que tenga mayor poder de explicación de lo observado, mayor poder de predecir las consecuencias que se seguirán del fenómeno descrito, y mayor capacidad de convergir con otras teorías independientes de él.[8]

1.3 *CIENCIA Y CONOCIMIENTOS*

Hoy nadie duda de la extraordinaria importancia de la ciencia. Para muchos "conocimiento significa conocimiento científico".[9] Quizá es conveniente dar algunas pautas para evitar exageraciones.

La ciencia en el mundo moderno tiene un inmenso poderío que, en buena parte, procede de que la ciencia permite al hombre intervenir eficazmente en los procesos físicos cuyas leyes va descubriendo. Esa intervención modifica esos procesos, poniéndolos bajo el control humano, convirtiendo al hombre en "señor" de la realidad.[10] Así, la ciencia pasa de ser un saber teórico a ser uno práctico: la técnica. La ciencia es la condición que posibilita el avance de la tecnología.

Fue el entrever ese poder lo que fascinó a los hombres de los siglos anteriores. Por eso pensaban que era el conocimiento humano más privilegiado, y concebían la vida humana como un grandioso *hacer*.[11] Así apareció el *homo faber. El* descubrimiento de la exactitud y el poder de predicción de este tipo de conocimiento lo hicieron aparecer a los ojos de estos hombres como el único fiable. Esta última idea se ha incorporado en buena medida a la mentalidad actual: "existe en el mundo científico una reticencia bastante generali-

---

[7] *Cf.* J. Corcó, J. (1996): *Novedades en el universo. La cosmovisión emergentista de K. Popper* (Pamplona, Eunsa) pp 59 y ss.
[8] López Moratalla, N. (1987): *Deontología biológica* (Pamplona, Universidad de Navarra). pp. 137-143.
[9] Spaemann, R. (1989): *Lo natural y lo racional* (Madrid, Rialp) p. 65.
[10] Recordando el texto bíblico Gén 3,5: "Y seréis como dioses, conocedores del bien y del mal".
[11] Arendt, H.: *La condición humana* (Barcelona, Paidós, 1993) pp. 340 y ss.

zada (...): la desconfianza, la inseguridad ante todo conocimiento, toda argumentación, ante todo aquello que por su propia naturaleza no es susceptible de un tratamiento científico-experimental; ante lo que de suyo no es verificable midiéndolo o pesándolo.[12]

La ciencia, como conocimiento riguroso, atado a lo empírico, a lo que es experimentable, puede propiciar el desprecio de otros modos de conocimiento, que serían considerados "poco serios. Este exceso y unilateralidad en la valoración de la ciencia, fruto en muchos casos de su propia especialización, puede llegar a conformar una actitud explícita que defienda y trate de reducir todo el conocimiento humano a los proporcionados por ella. Eso podríamos llamarlo el "cientifismo".

El primer despreciado por el cientifismo es el conocimiento espontáneo, la experiencia precientífica, propia de la vida cotidiana. Tal vez no se dan cuenta de que sin este conocimiento espontáneo de la situación en la que uno ya se encuentra no se puede vivir ni actuar. La experiencia científica se basa en la experiencia precientífica. Y es que no todo es ciencia y razón, sino vida y tiempo: "La diferencia fundamental entre ambos niveles es que en la ciencia se buscan conscientemente los errores de los modelos científicos. En la experiencia precientífica los errores aparecen solos, se nos muestran sin que los busquemos".[13] La vida no es una máquina lógica, que funcione con exactitud milimétrica, sino que en el orden hay un lugar para el desorden e, incluso, a menudo parece que es este último quien impera.

Todo científico es un hombre que tiene una vida real y concreta, y, además, una determinada visión del mundo, unos valores que persigue y que toma como criterio de sus decisiones libres: la ciencia no es aséptica. Un científico, si está colaborando en un proyecto nuclear para desarrollar armas de destrucción masiva, no puede justificarse simplemente diciendo que él se limita a hacer formulaciones de física. Tanto es así la influencia de la vida de los propios científicos, que la creatividad de los genios es un factor de primera magnitud en el avance científico y en el diseño de nuevas teorías generales que cambian lo tenido hasta entonces por inamovible (Newton, Einstein, etc.).

Ni siquiera en la ciencia todas las motivaciones son científicas. Así se pone de relieve la importancia del conocimiento que se pregunta por el sentido de las

[12] López Moratalla, N.: *Ob. Cit.*, p. 145.
[13] Llano, A.: *Ciencia y vida humana en la sociedad tecnológica*, en N. López Moratalla, *Ob. Cit.*, p. 132.

cosas y busca la visión global. Preguntas tales como "¿qué puedo conocer? ¿Qué debo hacer? ¿Qué me cabe esperar?" No pueden ser respondidas por la ciencia positiva; están más allá de la ciencia, por ellas hay que arbitrar otros modos de saber.

La conducta humana no admite un tratamiento puramente científico pues la *persona* escapa a sus métodos. Por un lado, la ciencia versa sobre lo general y lo abstracto. En cambio, lo propio de la persona es lo singular y su intimidad. Las leyes no reflejan la singularidad de cada *cual.* Por otro, en la conducta humana lo primero son los fines; por tanto, a la persona le importa el sentido de las cosas, su significado natural y propio. Sin embargo, el método científico busca ante todo la descripción cuantitativa y analítica de sus objetos de estudio, incluida las situaciones humanas y sus explicaciones, que nos remiten a las condiciones iniciales de los procesos.[14] Esta mirada va *hacia atrás,* hacia cómo empezaron las cosas, y no mira hacia delante, *hacia el fin.* Así desaparece la *teleología* (el sentido) de la explicación de lo humano, quedando estas cuestiones reducidas al ámbito de la nacionalidad, de lo privado y subjetivo, estableciendo una trágica dicotomía entre el ámbito científico-técnico y la libertad y la moral de las personas singulares.

1.4 *PROGRESO Y ESPECIALIZACIÓN*

El sueño del progreso lineal e indefinido producido por el desarrollo científico fue generalizado en la segunda mitad del siglo XIX, gracias a un clima de gran optimismo: desde 1870 a 1914 apenas hubo en Europa conflictos bélicos, la ciencia avanzó mucho, etc. Sin embargo, en 1914 se produce la quiebra de este ideal decimonónico, como consecuencia de la Primera Guerra Mundial y de la nueva situación histórica. La ciencia no asegura el bien del progreso ni la civilidad de los pueblos. Incluso su crecimiento puede ser grandemente dañino (armas, muertes en masa, etc.). Con el abandono del gran mito del progreso indefinido se genera un problema nuevo: la unidad de la ciencia y su consideración global. Hoy en día, la ciencia está muy afectada por el fenómeno de la *especialización.* Ha crecido tanto que resulta completamente inabarcable, no se puede dominar con facilidad, y la comprensión del sentido de los avances científicos resulta difícil.

¿Será una ilusión el construir una ética científica? Algunos autores se preguntan también si es posible una ética científica, pregunta que podría signi-

[14] Polo, L. (1995): *Introducción a la filosofía* (Pamplona, Eunsa) p. 122.

ficar que es posible fundamentar la ética en la ciencia, o más bien, que toda ciencia (y toda actividad humana) debe fundamentarse en la ética. Por lo menos podemos hablar de tres proyectos de ética científica: en el siglo XVII el proyecto cartesiano, y en el siglo XX los proyectos de Mario Bunge y Miguel Ángel Quintanilla.

Descartes, en el prefacio a los *Principios* plantea su idea moral fundamentada en las ciencias. Con la imagen del árbol nos dice que la moral es una rama que presupone un conocimiento completo de las otras ciencias (la medicina y la mecánica que eran las ciencias de su época) y por ello era el último peldaño en la escala de la sabiduría. La misma idea había sido expresada en la sexta Parte del *Discurso del método*, en donde escribió que esas nociones (de la física) me han enseñado que es posible llegar a conocimientos muy útiles para la vida, y que, en lugar de la filosofía especulativa, enseñada en las escuelas, es posible encontrar una filosofía práctica, por medio de la cual, conociendo la fuerza y las acciones del fuego, del agua, del aire, de los astros y de los demás cuerpos que nos rodean, tan distintamente como conocemos los oficios varios de nuestros artesanos, podríamos aprovecharlas del mismo modo, en todos los usos a que sean propias y de esta forma hacernos como dueños y señores de la naturaleza.[15]

Descartes, optimista como Bacon frente al desarrollo científico, fue el primero en creer en la utopía tecnológica de la modernidad, al considerar que la tecnología nos ayudaría a vivir mejor, a ser más felices, controlando racionalmente la naturaleza y las pasiones, pero como en su época el desarrollo científico era incipiente, considera suficiente plantear sólo una moral provisional, en espera de un mayor desarrollo de las ciencias y las artes.

Después de Descartes ha habido varios proyectos para fundamentar la ética en la ciencia, no tanto en una ciencia puramente teórica, como lo era la ciencia de la época cartesiana, sino en una ciencia experimental, capaz de tener eficacia gracias a su aplicación en la transformación del mundo. Así pues, en el siglo XX con el impresionante desarrollo de la tecnología, algunos pensadores creyeron llegado el momento de realizar el proyecto cartesiano, postulando que la ética debía basarse en la racionalidad científico-tecnológica y convertirse en tecnoética. Una tecnoética que como la ciencia pudiera describir y explicar los actos humanos, predecir y aplicar dichas predicciones para controlar y dominar la naturaleza humana y la sociedad.

---

[15] *Cf. Discurso del método, Dióptrica, Meteoros y Geometría* (Madrid, Alfaguara, 1987) pp. 44-45.

El primer caso al que quiero referirme es al de Mario Bunge, quien entiende la "ética científica" como la ciencia de la conducta deseable, empleando el método científico y los conocimientos de la ciencia acerca del individuo y la sociedad. Esta ética requeriría tres niveles: el descriptivo, el normativo y el metaético. Por lo tanto, "la nueva ética que se prefigura constará probablemente de tres ramas: la ética descriptiva o ética psicosocial, que sería la ciencia de la conducta considerada como fenómeno psicosocial; la ética normativa o ética teórica, ética de la conducta deseable en cada contexto; y la metaciencia o filosofía científica de la ética científica que sería la consideración filosófica de la ética científica".[16] De la sensibilización del científico ante los problemas morales y de la capacidad del moralista para fundar su discurso en el saber contrastado de la ciencia, depende, según Bunge, el éxito del proyecto de fundamentación racional del saber ético.

No hay duda que la comprensión de muchos problemas morales como la delincuencia, el consumo de drogas, la violencia y otros, exige hoy sólidos conocimientos científicos en biología, psicología y sociología, particularmente, pero pensamos que aquí no radica todo el problema. En ética tenemos necesidad de un trabajo interdisciplinario. La comprensión de los comportamientos humanos en el mundo actual, donde existen múltiples concepciones de vida buena, exige algo más que investigación científica: exige la aceptación del imperativo de la dignidad humana, dignidad que se fundamenta en el hecho de que el hombre es un ser racional y como tal un ser libre y autónomo, cuya ontología rechaza todo intento de instrumentación al ser un fin, jamás un medio. No se puede hacer hoy una ética de espaldas a la ciencia, pero tampoco olvidar que todo discurso ético es ya un discurso filosófico sin que esto suene como partidismo hegemónico a favor de la filosofía, sino en el sentido de que todo discurso ético esta orientado hacia el deber ser.

Por su parte Quintanilla, para quien la opción por la razón conlleva irremisiblemente a la opción por la racionalidad científica, quisiera hacer de la ética una tecnología capaz de controlar la maldad humana y lograr la realización del bien.[17] Si la moral se entiende como costumbre, la ética sería entonces una tecnología social que podría cambiar las malas costumbres e incentivar otras. Pero si la moral se entiende como acción determinada por los genes, entonces la ética sería una tecnología biológica, presuponiendo en ambos casos lo que

[16] Bunge, Mario. *Ética y ciencia.* Buenos Aires, Siglo XX, 1972, p. 81.
[17] Quintanilla, Miguel Ángel. *A favor de la razón. Ensayos de filosofía práctica.* Madrid, Taurus, 1981.

es moral para poder controlar y transformar el comportamiento humano. Pero ¿quién tiene los criterios para decidir? ¿Quién sabe lo que es el bien para medir una acción particular?... ¿Los científicos? Si así fuese, caeríamos en una pérdida absoluta de libertad y por lo tanto de la ética misma. O ¿acaso los políticos? En este caso ¿no estarían los científicos autorizados a ocultar su responsabilidad moral?

Hay también la tendencia a fundamentar la ética en la biología. Así por ejemplo, mientras J. Monod[18] excluyó la ética de la ciencia porque consideraba que no hay que confundir conocimiento con ética, verdad con valores, E. O. Wilson[19] trata de fundar la ética en la biología, a partir de su propuesta de "nueva síntesis" entre biología y sociología que termina en una reducción de lo social a lo biológico. Wilson nos dice que existen reglas "epigénicas" que nos llevan a actuar de manera egoísta o altruista, reduciendo la explicación de la conducta moral (altruismo, imperativos éticos, egoísmo, etc.) a una explicación genética, sustentando en últimas toda la cultura en los genes. La cultura humana, dice Wilson, "es la técnica tortuosa por medio de la cual el material genético humano ha sido y será conservado intacto. No es posible demostrar otra función definitiva de la moral".[20]

Aceptando que existen condicionamientos biológicos, psicológicos, económicos y sociales en nuestros comportamientos, el problema está en la actitud reduccionista por parte de científicos y filósofos. No se puede desconocer que la investigación científica ha abierto un amplio panorama para la reflexión ética, sin que por ello se haya logrado hacer del comportamiento humano un hecho capaz de ser comprendido, en toda su complejidad, únicamente acudiendo a estudios específicamente científicos.

A medida que avanza la investigación científica el ser humano en su totalidad se ha visto implicado en ella, las fibras más íntimas de su ser son ahora, fácilmente manipulables por dicha investigación. Es urgente por lo tanto realizar una reflexión filosófica que involucre a la actividad científica en toda su complejidad, centrada fundamentalmente en todos aquellos criterios axiológicos que dicha actividad pone en marcha, y en las consecuencias prácticas que su aplicación tiene para el hombre, la sociedad y el medio ambiente. Hasta la fecha la mayoría de los filósofos y sociólogos de la ciencia se han ocupado casi

[18] *Cf. El azar y la necesidad.* Barcelona, Barral, 1971.
[19] *Sobre la naturaleza humana.*
[20] *Sobre la naturaleza humana.* Cita de Ruiz de la Peña. *Las nuevas antropologías.* Santander, Sal Terre, 1983, pp. 236-237.

exclusivamente de los contextos de descubrimiento y justificación, desconociendo otros contextos como los de educación y aplicación; además han simplificando demasiado el contexto de evaluación ya que se ha reducido sólo al estudio de teorías alternativas, sin tener en cuenta que la praxis científica es un proceso interactivo que tiene lugar en todas las fases del proceso científico.

Nicholás Rescher en su libro *Razón y valores en la Era científico-tecnológica,* después de analizar ampliamente toda la problemática del valor, y de mostrar que el valor no es sólo una cuestión subjetiva, sino también objetiva, explica que los valores en la ciencia tienen que ver fundamentalmente con:

> – *Los objetivos de la ciencia:* los cometidos de la investigación científica siempre tienen que ver con valoraciones, por ejemplo, el tema de una investigación es elegido por sujetos individuales o por grupos, pero dicha elección se hace siempre dando preferencia a unos temas sobre otros y teniendo en cuenta la inversión en tiempo, esfuerzos y recursos. La conducta misma del investigador está vinculada con valores tales como la veracidad, la precisión, la objetividad. De igual manera sucede con la descripción efectiva, la predicción, el control y dominio de la naturaleza que se traduce en tecnología.
>
> – *Valores de la ciencia en cuanto a teoría.* Ciertos factores de valor constituyen la desiderata de las teorías científicas, en los cuales se incluyen los factores de coherencia, consistencia, generalidad, comprensibilidad, simplicidad, exactitud, precisión y otros. Aquí se encuentran también los valores incluidos en la gestión del riesgo cognitivo, en especial los estándares de prueba y rigor en las consideraciones que sirven para determinar, cuántas pruebas empíricas se requieren para justificar la aceptabilidad de ciertas afirmaciones científicas.
>
> – *Valores de la ciencia en cuanto proceso de producción:* valores inherentes a los trabajadores científicos, es decir, a los actores mismos, tales como perseverancia y persistencia, veracidad, honradez intelectual, cuidado del detalle, pasión por la búsqueda de la verdad, modestia intelectual. Aquí entran también los estímulos al investigador y la búsqueda por el investigador mismo de incentivos y premios.
>
> – *Valores de la ciencia en cuanto a aplicación:* Algunos factores de valor representan el beneficio de los productos de la ciencia, relacionados principalmente con la aplicación de ésta a las ventajas de los *desideratas humanos,* tales como el bienestar, la salud, la longevidad, la comodidad, etc., especialmente hablando de ciencias como la medi-

> cina, la agricultura y la ingeniería genética.[21] En estas ciencias sobre todo encontramos los modos a través de los cuales los valores impregnan la labor científico-tecnológica, por ejemplo al evaluar el carácter deseable o no de las diversas implementaciones tecnológicas, al preguntar ¿es deseable (ética o moralmente) realizar manipulaciones psicológicas, organizar grupos de presión para orientar la opinión, desarrollar armas de destrucción masiva, etc.? En diversas áreas de la medicina surgen preguntas sobre la clonación y el aborto, sólo para dar dos ejemplos; o sobre la puesta en práctica de la investigación médica: el ensañamiento terapéutico, la eutanasia, la prolongación artificial de la vida, y muchas otras preguntas que hoy plantea el desarrollo de las últimas tecnologías en medicina.[22]

El conocimiento científico es un bien humano, un bien valiosísimo, pero al fin y al cabo un bien entre otros, puesto que el hombre además de bienes específicamente cognitivos, estima también otros bienes relacionados con la calidad de vida personal y comunitaria: bienestar físico, compañerismo, atractivo del medio ambiente, armonía social, desarrollo cultural, etc. El progreso científico-tecnológico si es cierto, como pensaba Francisco Bacon, que puede hacer más fácil la vida humana, pero no la simplifica ni elimina su complejidad, y con frecuencia, mal empleada, aumenta por el contrario los problemas, o plantea nuevos problemas. Problemas que obligan hoy a preguntarnos seriamente sobre los límites del progreso científico, límites no tanto teóricos sino prácticos. No se trata de ponerle límites a la mente humana, sino sólo de ponerle límites a la aplicación irresponsable de aquello que el hombre es capaz de inventar o descubrir.

Este crecimiento de la especialización hace progresar más la ciencia, pero genera problemas nuevos como la acumulación de conocimientos y su manejo, y su sentido humano.[23] ¿Cómo adquirir una visión global de la ciencia? Se supone que esa tarea corresponde a la universidad, pero ésta ya no proporciona visiones globales, sino completamente centradas en aspectos parciales, aislados. La ciencia como *comunidad de saber* desaparece en la especialización y en el exceso de información a que está sometida la humanidad. “El humanismo es

---

[21] Rescher, Nicholás. *Razón y valores en la era científico-tecnológica. Madrid,* Paidós, 1999, pp. 90-94.

[22] *Cf.* Andorro, Roberto. Bioética y dignidad de la persona. Madrid, Tecnos, 1998. *Cf.* Baudouin Jean-Louis y Blondeau Danielle. *La ética ante la muerte y el derecho a morir.* (Barcelona, Herder, 1995).

[23] Yepes Stork, R. (1993): Entender *el mundo de hoy. Cartas a un joven de hoy* (Pamplona, Eunsa) pp. 93-105.

precisamente ese saber unitario",[24] que permite adquirir una visión de conjunto de todos los saberes y armonizarlos entre sí,[25] a partir de una visión más general del hombre y del mundo.

Se trata, en definitiva, de transmitir no sólo ciencia, sino *cultura,* en sentido estricto. El incremento exterior de la ciencia termina perdiendo su sentido si no hay también un incremento interior al hombre: la ciencia, como la técnica, recibe su medida del hombre; ha de crecer y transmitirse de modo que éste pueda aprenderla y darle un sentido.

2. EL CONOCIMIENTO PRÁCTICO Y LA ACCIÓN HUMANA

La expresado anteriormente nos lleva a contemplar también que el *conocimiento* práctico es aquel que versa sobre las acciones humanas: "esta tarde iré al cine", "quiero irme de vacaciones", "prefiero cerveza", etc. Tiene una característica especial: es la aplicación del conocimiento intelectual a la concreta situación en las que cada uno se encuentra. Las acciones humanas tienen lugar en la realidad concreta y singular, en el hoy y en el ahora. Las grandes teorías, para ser eficaces, han de ser traducibles a la concreción propia de la existencia humana.

Los clásicos acuñaron el concepto de *razón práctica*[26] para referirse al empleo de la razón como reguladora de la conducta, por oposición a la *razón teórica.* El análisis del conocimiento práctico exige mostrar los elementos que intervienen en la acción humana.[27] En este proceso tiene un papel principal la voluntad: una acción es humana en cuanto que resulta de una elección de la voluntad, por ser querida por el sujeto que actúa. Respirar no es algo que pertenezca a la razón práctica; ser fiel a la palabra dada, en cambio, sí.

---

[24] Llano, A. (1988): *La nueva sensibilidad* (Madrid, Espasa-Calpe) p. 186.
[25] Newman, J. H.: *The idea of a University* (Notre Dame University Press, 1986) p. 94.
[26] La exposición que sigue se inspira en la visión clásica del conocimiento práctico, de la que se puede encontrar una síntesis en los libros VI y VII de la Ética a Nicómaco. La visión aristotélica del conocimiento práctico ha sido reivindicada a partir de 1960 por un gran número de autores, entre los cuales están algunos de los hasta aquí más citados: R. Spaemann y L. Polo. A ellos se podría añadir L. Strauss, A. Macintyre, etc.
[27] Polo, L. (1996)*: Ética. Hacia una versión moderna de los clásicos* (Madrid, Aedos-Unión Editorial) pp. 213 y ss.

2.1 *ELEMENTOS DE LA ACCIÓN PRÁCTICA*

Los elementos son los siguientes:

1. *El fin.* La acción comienza cuando las potencias del hombre tienden a un determinado fin: llegar a comer en casa, estudiar una carrera, viajar a la Gran Sabana, buscar la felicidad, etc. Lo primero en la acción es el fin: según lo que elijamos lo último que se consigue,[28] el motor de arranque de la acción, aquello que "provoca" que el hombre se ponga en marcha. Si faltan los fines aparecen el aburrimiento, el tedio, el sin sentido. Estar aburrido es tener por delante un tiempo que no podemos estructurar, al que no podemos dar un sentido, una tarea.

2. *La deliberación y la prudencia.* Captar el fin produce una deliberación acerca de cómo realizar la acción, es decir, de qué medios se dispone para conseguir lo querido, qué circunstancias concurren, etc. Aquí se incluye todo lo que designan términos como consejo, asesoramiento, consultoría, análisis de situaciones, etc. Esta fase de la acción puede tener gran complejidad cuando no se conocen las circunstancias.[29] La prudencia es la virtud que permite llevar a cabo con acierto esta deliberación. Ser prudente es acertar sobre lo que conviene hacer y sobre el modo de hacerlo. Esta virtud ayuda a captar rectamente qué es en general bueno para el hombre, qué es lo natural y lo conveniente para él. Además, sirve para captar si una acción concreta favorece o perjudica a ese hombre concreto y, por último, por medio de ella podemos valorar las circunstancias que favorecen o dificultan la acción para modificar el plan que tengamos, para la consecución del fin que se nos aparece como bueno. Un ejemplo puede ilustrar: quiero estudiar una carrera universitaria como administración de empresas, porque me gustaría tener cargos de dirección en el futuro; eso me exige un buen expediente y adquirir unos hábitos de trabajo serios; en una oportunidad se me presenta la oportunidad de realizar un viaje turístico poco antes de exámenes; considerando mis objetivos, un fin placentero entra en contradicción con el fin dominante en este momento de mi vida, luego decido quedarme a estudiar.

[28] El fin es el principio en las acciones humanas", "es verdad la afirmación de que todo lo que hace el hombre lo hace por un fin", Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, 1-11, q. 1, a. 1.
[29] Aristóteles, *Ética a Nicómaco,* 1 103b 30.

3. *La decisión.* Es el último paso que hemos señalado en el ejemplo anterior. Una vez hecha la deliberación acerca de los medios, se *elige* uno de ellos, se toma la decisión: me quedo y consigo medios para poder cumplir en el futuro el fin que me he propuesto o, por el contrario, me voy de viaje, disfruto una semana, y luego decido aspirar a menos o esperar un milagro académico.

4. *La ejecución* viene después de la decisión. Mantener la decisión tomada y ponerla en práctica hasta el final, es algo que cuesta mucho más que decidirse. La ejecución de las decisiones tiene que ver también con las virtudes morales: la fortaleza, la constancia, etc.

5. *Los resultados.* Después de realizar lo decidido, se comprueba que los resultados casi nunca son exactamente los esperados. Las cosas no suelen salir como uno había pensado, los fines pueden no alcanzarse, los medios pueden resultar inadecuados, la decisión errónea, etc. Una de las características más claras de la acción humana es la diferencia entre las expectativas y los resultados. El conocimiento práctico se diferencia del teórico en que tiene que prestar atención a las *contingencias,* que pueden echar por tierra los planes teóricamente más perfectos, y debe tener en cuenta la debilidad humana. La realidad es rebelde a la mejor teoría. Es imprevisible, mudable, aleatoria. La razón práctica tiene que ser consciente de sus límites, modesta, tiene que saber que puede fallar.[30] Lo finito es imperfecto, y sólo llega a ser perfecto a base de rectificarlo.

6. *La corrección.* En la acción humana se hace necesario, por tanto, introducir los resultados obtenidos, hacer un balance de la situación y corregir las previsiones iniciales. Esos resultados (por ejemplo, un examen con mala calificación, una operación de venta fracasada, etc.) obligan muchas veces a cambiar el plan de trabajo y los objetivos. Para ello hay que actuar cibernéticamente, es decir, aprender de los propios errores para rectificar el rumbo de la acción. La razón práctica humana es una *razón corregida,*[31] que vuelve sobre sí para rectificar las decisiones. Quien no sabe rectificar, es un terco o un teórico, pero ni se conoce ni conoce la realidad y chocará con ella. *"Rectificar es de sabios",* es decir, de prudentes. El hombre es capaz de aprender de sus errores.

---

[30] Innerarity, D.: *Poética de la compasión*, en *Comunicación y sociedad,* VII/2, 1994, p. 67.
[31] Inciarte, F.: *El reto del positivismo lógico*, (Madrid, Rialp, 1973) p. 183.

7. *Las consecuencias.* En la acción hay que tener en cuenta no sólo el resultado, sino también sus consecuencias: las acciones tienen efectos no previstos. La consideración de los efectos secundarios tiene una gran importancia (basta pensar en los medicamentos, en la economía, etc.).

2.2 *LOS VALORES Y MODELOS DE CONDUCTA*

En todas las fases de la acción intervienen unos criterios previos que uno tiene ya formados antes de actuar, y de los que parte para elegir el fin, escoger unos u otros medios, etc. Los llamaremos *valores.* Se caracterizan porque valen por sí mismos: lo demás vale por referencia a ellos. Son aquellos que nos dicen lo que cada cosa significa para nosotros. Por ejemplo, una rodilla de cochino asada se puede valorar de varios modos. Un amante de la buena mesa buscará si está bien cocinado, si sabe bien, etc. Aquel a quien le preocupa la salud mirará el grado de colesterol que tiene y las calorías, y quizá se conforme con una ensalada, etc. Todos actuamos contando ya según unos valores determinados y que pueden ser muy variados.

– *La utilidad,* que busca ante todo que las cosas *funcionen;*

– *La belleza,* que quiere que las cosas estén adornadas, en su sitio, que sean armónicas, que sean perfectas;

– *El poder:* tener autoridad y dominio sobre territorios, seres naturales, cosas y personas; *El dinero:* el que siempre se pregunta ¿cuánto puedo ganar con esa acción, con ese trabajo, con ese esfuerzo? Sólo se mueve cuando hay dinero por medio;

– *La familia:* mi hogar y mi gente, los míos son los valores en tomo a los cuales se construyen muchas vidas humanas;

– *La patria, la tradición:* son valores referidos a la colectividad que nos ha visto nacer;

– *La sabiduría,* o el valor de buscar comprender el sentido de las cosas; *la destreza técnica,* o la habilidad para ejecutar determinadas acciones; etc.

Los valores se toman de los fines de la acción y, a menudo, esos fines son los valores que cada uno tiene, pues éstos son los distintos modos de concretar la verdad y el bien que constituyen los fines naturales del hombre y de cómo éstos se vean afectados o no. Si resulta que de los valores que yo posea

dependerá lo que tome por verdad o bien para mi vida, es máximamente apremiante el preguntarse ¿cuáles son los valores por los que cada uno se rige? Un error en este campo acabaría siendo fatal: Construir la propia vida sobre un error es el origen del fracaso, es como construir sobre arena.

Los valores se suelen materializar en símbolos, que se respetan por lo que representan: la bandera, las imágenes religiosas, las fotos de familia, los colores del equipo, etc., son símbolos de los valores que uno defiende. El símbolo hace presente la realidad valorada. Los símbolos de los valores también pueden aparecer en modelos de conducta: a alguien puede gustarle ser enfermera, o actor de cine, o parecerse a su padre, o tener un ideal que ha visto encarnado en alguien a quien quiere, etc. Los valores no se transmiten por medio de discursos teóricos y fríos, sino a través de modelos vivos y reales, que se presentan, se aprenden y se imitan. No hay valor sin su modelo correspondiente.

El modelo que realiza un valor puede presentarse en primer lugar como un héroe, como un ídolo. El hombre necesita tener alguien a quien parecerse, a quien admirar e imitar.[32] Los héroes son personas que vivieron una vida llena de plenitud y significado: llegaron, por así decir, a una cota muy alta de humanidad, y por eso atraen. El héroe invita a realizar lo *excelente:* su vida muestra que hay ideales por los que merece la pena arriesgarse, dejar de lado las seguridades grises a cambio de acciones bellas o debidas. Pero esa excelencia no puede ser tan inasequible que no pueda ser imitada, pues en tal caso ya no servirían como modelos: "la virtud es la democratización del heroísmo",[33] porque con ella todos pueden alcanzar este estado.

La narrativa suele tratar de héroes. En tiempos de crisis de valores sus personajes son de construcciones del héroe, antihéroes.[34] La Iglesia también ha concedido gran importancia a los modelos. Los santos no son otra cosa que héroes religiosos, figuras ejemplares que en cada época encarnan el ideal cristiano. Hoy en día los modelos se han diversificado: deportistas, "famosos" del mundo del espectáculo, de la moda, de la política, de la gran empresa, etc. Sin embargo, los modelos más influyentes en el hombre no debieran ser esos triunfadores, sino ejemplos más cercanos a la vida cotidiana, que penetran en la

[32] *Cf.* Innerarity, D. (1992): *La nueva tarea del héroe"* en *id., Libertad como pasión* (Pamplona, Eunsa, 1992) p. 29.
[33] Innerarity, D. (1992)*, Ob. Cit.* p. 41.
[34] Un caso arquetípico es el del Ulises: la versión de Homero es puro contraste con la de Joyce.

intimidad, porque encarnan valores más profundos. Los modelos familiares,[35] los maestros, los amigos y aquellas personas a quienes llegamos a admirar a través de una relación estable (familiar, profesional, etc.), son los que tienen real posibilidad de construir desde su ejemplo, de edificar nuevas vidas. La responsabilidad de la conducta de esos hombres es, por eso, muy grande.

Los hombres que se constituyen en modelos lo hacen por medio de su historia, de la narración de su existencia y sus hazañas. Contar historias tiene una influencia práctica mayor que los discursos teóricos en la configuración de los tipos de conducta de los pueblos.[36] La transmisión oral (el cuento narrado por la madre a los hijos antes de que les envuelva el sueño), la novela, la épica, el drama, el cine, etc., son vehículos para la transmisión de esos modelos. Por eso el arte narrativo tiene una enorme influencia en la vida humana, pues genera conductas (el niño quiere ser guerrero, el empresario triunfador despierta ilusiones en los estudiantes de empresa, el gesto desinteresado de una mujer buena mueve a la atención mundial hacia las carencias del llamado Tercer Mundo).

Todos los pueblos, desde los más remotos orígenes de la humanidad, han sido educados mediante narraciones (mitos, sagas, leyendas...). En nuestros días, los grandes narradores son el cine, la televisión, la publicidad. Muchas veces dibujan un mundo idealizado y tratan de inducir al consumidor a repetir el modelo que ofrece, haciendo que la reacción mimética (de imitación) se provoque sobre todo a través de la imagen.[37]

¿Por qué imitar unos modelos y no otros tienen que ver con la educación y la libertad? La pregunta por los valores es la pregunta por los modelos: "dime con quién andas y te diré quién eres", es decir, "dime qué modelo has elegido, quizá sin darte del todo cuenta, y te diré qué valores aspiras a encarnar". Insistimos: tener modelos no es ni bueno ni malo, es algo "simplemente humano". La cuestión está en que uno puede acertar o equivocarse en ellos. Aquí radica la importancia de las modas: ¿por qué elegir un modelo de diversión, de conducta o de vestido sólo por el hecho de que todos lo hacen? ¿Cuál debe ser mi grado de independencia? ¿El que todos imiten el mismo modelo convierte a éste en acertado? La personalidad madura elige por *convicción,* no sólo por moda. Quien

[35] Polaino-Lorente, A.: *La ausencia del padre y los hijos apátridas en la sociedad actual,* en *Revista Española de Pedagogía,* 196, 1993, pp. 453-458.
[36] Sobre la importancia de los saberes narrativos, H. Arendt, *La condición humana, Ob. Cit.*
[37] *Cf.* Yepes Stork, R. (1993), *Ob. Cit.*, pp. 21-31.

sólo elige los modelos que triunfan se acerca a la masificación[38] y a dejar que otros decidan por él. La educación, en buena parte, consiste en transmitir modelos y valores que guíen el conocimiento práctico y la acción, es decir, que permitan que cada uno sea el guía de sí mismo, desde la verdad del hombre. Claro que, entonces, se nos abre necesariamente la pregunta acerca de la posibilidad de que el hombre conozca o no algo verdaderamente y, más en concreto, la verdad acerca de sí mismo. Desde aquí se abriría una amplia consideración sobre *cómo educar*.[39]

3. LA VERDAD

Este término del latín *veritas*, que traduce el griego G8Z2,4", *alétheia*, compuesto de negación y la raíz del verbo *lanthano*, estar oculto; por tanto "lo que está patente". Es la conformidad entre lo que se dice, piensa o cree y la realidad, lo que es o lo que sucede. Así se ha entendido tradicionalmente la verdad interpretada como correspondencia, o coincidencia, entre la mente y la realidad o los enunciados y los hechos. En sentido estricto es la correspondencia de una proposición o enunciado con los hechos. Por ello decimos que un enunciado es verdadero si describe los hechos como son y que es falso si no los describe como son. En consecuencia, la verdad es, ante todo, una propiedad del discurso declarativo; lo verdadero o lo falso pertenece a los enunciados o proposiciones y no a los hechos. Es, pues, un concepto puramente epistemológico. Así lo ha entendido fundamentalmente la tradición, desde Aristóteles, para quien la verdad consiste en afirmar lo que es y en negar lo que no es, y la Escolástica medieval, que la define como la "adecuación entre el entendimiento y las cosas" (Tomás de Aquino), hasta los lógicos modernos, entre ellos Tarski, que ha aceptado este concepto de verdad como correspondencia y lo ha liberado de todas las connotaciones metafísicas, construyendo la denominada teoría semántica de la verdad.

3.1 *LA VERDAD COMO CONFORMIDAD CON LO REAL*

La inteligencia busca el conocimiento de la realidad. Cuando lo logra, alcanza la verdad. La verdad, por tanto, es el bien propio de la inteligencia, y consiste en la capacidad de *abrirse a lo real.* La distinción de dos tipos de conocimiento,

[38] La masificación ha sido uno de los temas favoritos del análisis antropológico del siglo XX. *Cf.* Ortega y Gasset, J.: *La rebelión de las masas* (Madrid, Espasa-Calpe, 1991).
[39] García Hoz, V. *La práctica de la educación personalizada,* en *Tratado de educación personalizada,* (Madrid, Rialp, 1991) Vol. 6.

teórico y práctico, implica la distinción de dos tipos de verdad, *verdad teórica y verdad práctica.*

Verdadero significa que conocemos algo tal y como es. Es decir, hay verdad si se da una conformidad entre las cosas y nuestro conocimiento acerca de ellas. La verdad es *la conformidad entre la realidad y el pensamiento*.[40] Saber la verdad es no estar engañado, despertar a la realidad. Las cosas son de una determinada manera: conocer la verdad es conocer la forma de las cosas, saber "cómo" son.[41]

Esto supone, por un lado, que las cosas tienen cierta estabilidad, o un determinado modo de ser que hace que unas se distingan de otras (a eso se le puede llamar *esencia o forma).* En segundo lugar, nuestra mente es capaz de descubrir esa coherencia interna del universo, por ser una forma cognoscible. Es el sentido aristotélico de la verdad: mi mente y la realidad se adecuan. La verdad es interna al universo y yo tengo acceso a ella. Mi capacidad de razonar es, si se permite el símil informático, el *password,* que me abre el fichero codificado del cosmos. Admitir esto tiene indudables ventajas. El universo y la historia se convierten en algo unitario que puedo entender. El esfuerzo intelectual de la humanidad no es una serie discontinua de intentos de creación de sentido en un mundo que no lo tiene, sino la historia del descubrimiento del sentido que conforma la realidad del mundo, y de la historia y libertad humanas. Negar que el mundo tiene una lógica, que sea razonable, conduce al escepticismo y al nihilismo.

3.2 *LA VERDAD COMO INSPIRACIÓN*

Una verdad que se convierte en fin o criterio de conducta es un valor. La conducta se rige por valores (si resulta que me gusta mucho la música de Chopin, puedo decidir estudiarla, aprender a tocar el piano, pagar para recibir clases, y llegar así a tocarla, convirtiendo esa música en un valor importante para mí). La verdad rige la conducta por medio de los valores. Ésta es la dimensión práctica de la verdad.

---

[40] La ampliación y precisión de estas nociones en Llano, A: *Gnoseología* (Pamplona, Eunsa, 1998[4]) pp. 25-35.

[41] Millán-Puelles, A. (1976): *Fundamentos de filosofía* (Madrid, Rialp) p. 459. *Cf.* Tomás de Aquino, *La verdad,* selección de textos, introducción, traducción y notas de J. García López, Col. Cuadernos de Anuario Filosófico 19, Universidad de Navarra, Pamplona, 1995.

La verdad práctica aparece en la vida del hombre como un hallazgo, que lleva a una conformación posterior de la propia conducta con lo hallado. La verdad cambia al hombre cuando éste la encuentra y le llena de inspiración para su vida futura.[42] Encontrar la verdad supone una sorpresa, rompe la rutina. Encontrarse con la verdad es *emocionante,* sobre todo cuando se trata de *verdades grandes,* ésas que determinan la dirección de la propia vida, lo que voy a decidir qué voy a ser.

La verdad es una realidad con la que nos encontramos, viene experimentada como un *deslumbramiento,* pues ella misma, por su elevado contenido de realidad, por otorgar un sentido a la propia vida, puede entenderse como esplendor. El encuentro con la verdad puede ser más o menos intenso: podemos encontrar la verdad en un teorema matemático (en este caso equivale a entenderlo), *caer en la cuenta* de la importancia de los sentimientos, encontrar una persona de la que nos enamoramos; *descubrir* que tenemos una enfermedad incurable y que vamos a morir; podemos encontrar la verdad en el ejemplo de un sabio, de un santo, de un hombre de acción; etc. En sentido fuerte es descubrir, identificar y aceptar, con emoción, cuál es el modelo o la persona conforme a la cual vamos a diseñar nuestra vida. La experiencia más clara del encuentro con la verdad es la *conversión* religiosa. En ella, se encuentra a Dios, Alguien en quien quizá no se creía, y que se presenta de pronto como Persona que interpela al sujeto y le sale al encuentro.

La realidad encontrada como verdad conmueve profundamente al hombre. La primera consecuencia del encuentro es precisamente una cierta conmoción, pues es un descubrir la realidad que *compromete* al que encuentra. El ejemplo más clásico es el enamoramiento. La conmoción del enamoramiento adquiere un verdadero carácter de *metanoia,* de transformación interior: me transformo interiormente, descubro que en mi vida ha faltado esa verdad que he encontrado, verdad sin la cual mi vida anterior parece vacía, pobre, sin sentido, una pérdida de tiempo.

¿En qué consiste ese cambio provocado por el encuentro? En percibir y aceptar la tarea que la realidad encontrada me *encarga.* He de abrirme a una nueva ocupación. El encargo es novedoso, me cambia. Comienza la aventura: la reorganización de mi vida para dedicarme a cumplir la tarea que me adviene en el encuentro con la verdad. Me hago cargo de ella porque se sitúa ante mí: me

[42] Se amplía este planteamiento en R. Yepes Stork (1993), *Ob. Cit.* pp. 53-68.

encarga una misión. La verdad merece ser *conquistada, y ésa* es la tarea que aparece como novedad.

Además, el encuentro me dota de *inspiración*. A partir de entonces "nada es igual". La inspiración es un impulso para ejercer mi libertad tratando de reproducir y expresar la realidad con la que me he encontrado, y encarnarla en mi vida o en mi obra. La verdad tiene un carácter dinamizante respecto de nuestro operar. Nos hace ver las cosas de otra manera. Seguir la inspiración es actuar conforme al encargo que ella me da. Si la verdad encontrada es una persona, resulta máximamente inspirativa. Está el amor. Por medio. La verdad entonces *llama,* porque tiene voz. Es *alguien* que soy capaz de oír, que está ante mí y efectúa un *vocare,* una *vocación*. Aceptar la propia vocación es dejarse descubrir por la verdad que inspira, estar dispuesto a aceptar la tarea que se presenta como mejor –como verdadera– para la propia vida.[43]

Para que la verdad sea plena, no sólo hay que conocerla, sino también vivirla. No se trata sólo de entenderla teóricamente, sino de incorporarla a nosotros, de vivir la vida desde la inspiración que ella nos otorga. Las grandes verdades transforman nuestra vida. Aquí se puede ver la estrecha relación entre *verdad y liber*tad: la primera es la que da sentido a la segunda, pues la verdad es el bien que busca una inteligencia libre.

Cuando me encuentro con la verdad, cuando se me manifiesta un trozo del sentido de lo real, también se pone en marcha mi *capacidad creadora,* pues hace su aparición *la belleza.* El hombre encuentra en la verdad un arranque para su capacidad artística porque la verdad hay que expresarla, y en cuanto que tiene esplendor es bella. La obra de arte nace de "la repentina conmoción producida por lo contemplado".[44] Las grandes gestas humanas son fruto de la inspiración que una determinada verdad ha puesto en las vidas de sus protagonistas, verdad que hace de esas vidas algo digno de ser imitado, algo bello. Toda vida humana cargada de sentido tiene una verdad inspiradora. El crecimiento del hombre se realiza gracias a su inspiración en la verdad. Es ella la que enciende las alas de las capacidades humanas.

¿Qué relación hay entre la verdad teórica y la práctica, entre *lo que se piensa y lo que se vive?* Existe hoy una separación entre ambos tipos de verdades.

[43] Para un mayor desarrollo de estas ideas, cf. R. Yepes Stork, *La persona como fuente de autenticidad,* En *Acta Philosophica,* Vol. 6, fasc. 1, 1997, pp. 83-100.
[44] Kuhn, T.: *Wesen und Wirken des Kunstwerks* (Munich, 1960) p. 12.

Antes, si a uno le convencían de algo, tenía que cambiar su modo de vida para adecuarlo a esa verdad aceptada e incorporada, porque teoría y práctica, formaban un bloque compacto (Innerarity): alguien podía estar equivocado, pero era coherente con sus ideas. Hoy esta relación ya no es tan evidente: se admite que uno pueda mostrar unas ideas radicales acerca de la sociedad, y al mismo tiempo vivir con el lujo y la tranquilidad de un burgués.

En la actualidad, la autenticidad, la influencia de las convicciones en la conducta práctica, han dejado de ser éticamente exigibles. Esto quiere decir que el encuentro con la verdad es débil, que no llega a inspirar la conducta. La autenticidad o coherencia es la armonía entre la verdad teórica que uno tiene por cierta y la verdad práctica que se refleja en la propia conducta. Si la verdad teórica y la práctica no tienen nada que ver, ambas se vuelven triviales y no hay modo de lograr una inspiración seria. Cuanto aquí se ha dicho sobre el encuentro con la verdad apunta a reforzar la idea de que la verdad encontrada es auténticamente poseída cuando la conducta es coherente con ella. En caso contrario, esa verdad se vuelve trivial, y no tiene interés alguno más allá de la curiosidad, más allá del deseo de apariencia de sabiduría que suele rodear a los pedantes o a los frívolos. La verdad se convierte así en algo susceptible de ser sustituido por otra cosa más útil. Si la verdad como admiración no impera, lo que queda es un terreno abonado para la dictadura de la conveniencia y de la fuerza.

3.3 *LAS OBJECIONES CONTRA LA VERDAD*

El asunto de la verdad es poco pacífico: no hay nada que provoque mayores discusiones ni divisiones. En nombre de la verdad a menudo se llevan a cabo empresas heroicas y sacrificios enormes; pero también se perpetran crímenes y se han cometido injusticias. Nada puede producir mayor temor que una fuerza política que se llame a sí misma "el partido de la verdad", pues en ese caso todos los que no piensen como ellos empezarán a ser vistos como enemigos y, si tal partido llega al poder, no habrá razones para respetarles. La verdad no es un asunto que pueda tenerse por evidente y tranquilo. Y el problema se agrava cuando se plantea en el terreno de la práctica. ¿No sería mejor vivir en un mundo sin verdad, sin exigencias que *obliguen* a la conciencia de los hombres?, ¿no sería ese un mundo sin divisiones, aunque fuera al precio de ser un mundo sin contenidos? Así lo plantea el escepticismo: ¿verdad?, cada uno la suya o, mejor, ninguna. Como mucho plantearlo como una posibilidad teórica que no comprometa en absoluto. La pregunta pronunciada por Pilatos "¿qué es la verdad?".[45] Sigue repitiéndose sin cesar. Su actitud de desprecio hacia ella, también.

[45] Evangelio según San Juan, 18, 38.

¿Cabe alguna objeción seria frente a la postura escéptica? Ésta objeta lo siguiente: lo que es verdad para unos no lo es para otros; por tanto, toda verdad es una opinión. La primera frase sostiene que *"nada es verdad ni es mentira, todo es según el color del cristal con que se mira"*. La segunda dice que no hay verdad, sino sólo *apariencia* de verdad. Así, se afirma que lo que para unos hombres es un valor, para otros es un contravalor; por tanto no hay valores universales, comunes para todos, ni tampoco verdades universales. Es como si cada uno tuviera, desde sí mismo, que decidir sobre qué cosas van a constituir la verdad para él. Se parte de una desconfianza radical a las capacidades del propio conocimiento, que nos representa un mundo que es válido sólo para nosotros. Lo que resulta de ahí es el escepticismo,[46] la postura que afirma que la verdad no está al hombre: el hombre no es capaz de verdad, debe conformarse con opiniones más o menos plausibles, pues su conocimiento es débil y –quizá– la que está al alcance de su conocimiento, también.

Pero el escepticismo total es muy difícil de mantener, no puede ser riguroso. ¿Por qué? Porque el escéptico actúa contando ya con la verdad, pues al decir ésa la dice convencido de que los demás entienden lo que él dice, de que tiene la razón al decirlo, de que no es lo mismo decirlo que no decirlo, o de que quiere abrir los ojos a los que creen que hay alguna verdad para que conozcan "la verdad de que no hay verdad alguna". A la hora de actuar uno tiene preferencias, su supuesto cosas, funciona contando ya con ciertas certezas.[47] Por eso lo más lo es que el escepticismo adopte formas mitigadas.[48] La más corriente es la que afirma que la verdad es una realidad estrictamente *relativa* a cada hombre y a cada época. Para el relativista todo son "verdades pequeñas", provisionales, en medio de un mar de dudas y de ignorancia. En cambio, nosotros sostenernos que el hombre puede conocer las cosas tal y como realmente son, y penetrar cada vez más en el conocimiento de lo real. El conocimiento espontáneo nos dice esto; la misma presencia de la duda nos habla experiencia del engaño y, por lo tanto, de la verdad; la realidad de un lenguaje consistente, en el que no es lo mismo decir "perro" que "caballo" que mantener la boca cerrada, también nos habla de la fijeza del lenguaje, de nuestro conocer y de las cosas

[46] Ya en la Antigüedad clásica el escepticismo adquirió una notable madurez intelectual. Pirrón, fundador de esta escuela, lo expresó así: "todo me da lo mismo, porque todo es igual". *Cf.* Chevalier, J.: *Historia del pensamiento*, *Ob. Cit.* vol. 1, pp. 439-445.

[47] Aristóteles, hacia el año 330 a. de C., ya hizo una crítica consistente al escepticismo, recogida en su *Metafísica,* 1065b 20 y ss.

[48] Sobre las clases de escepticismo, defensores y críticos. *Cf.* Llano, A.: *Gnoseología, Ob. Cit.*, pp. 71-91.

que nombramos al hablar. No hay que tener miedo a la verdad. A menudo, muchas formas de escepticismo son más bien prejuicios contra verdades determinadas, que no se está dispuesto a admitir de ninguna manera. De todos modos, la objeción más persuasiva contra la verdad es la que establece *el relativismo de los valores:* cada quien tiene que tener por bien lo que considera que es bueno para él, sin tener que someterse a unos criterios subjetivos a fin de cuentas, serían extraños a las capacidades de su propia libertad. Los valores serían algo privado, incluso puras preferencias sentimentales e irracionales. Vayamos por partes.

¿Existen unos valores o criterios de actuación comunes para todos los hombres? El relativismo de los valores contesta negativamente esta pregunta. Es la aplicación del escepticismo al ámbito de la razón práctica.

Pero, si la persona se define por unas notas que son las que fundan, entre otras cosas, los derechos humanos, y la naturaleza humana consiste en alcanzar el bien y la verdad, entonces podemos concluir que el bien y la verdad son los valores o criterios prácticos que presiden siempre la acción humana. ¿Por qué hacer esto y no otra cosa? Porque dadas tales circunstancias, al sujeto le parece lo mejor, lo bueno aquí y ahora. Es decir, ese bien, esa verdad, son los criterios últimos de actuación. Ahora bien, cada ser humano tiene en sus manos la tarea de concretarlos según su propia situación (en la paz o en la guerra, en la salud o la enfermedad, en la riqueza o la pobreza...). No hay ciencia de lo singular, ni de la conducta personal. En ella el papel de la prudencia (virtud que aplica los principios generales a lo concreto) es determinante.[49]

La proposición "lo que es verdad para unos no es verdad para otros" se podría aplicar a las decisiones que conforman la conducta, pero no a las premisas a partir de las cuales se decide la conducta, porque éstas son los principios del actuar y los valores comunes a todos los hombres. Los derechos humanos brotan de las exigencias propias de la naturaleza y del ser del hombre. Son los valores comunes para todos: no son algo negociable, no pueden dejarse a la decisión de la mayoría, pues no dependen de lo que decidamos acerca de nosotros, sino de lo que en realidad somos.

Si el relativismo de los valores se mantiene de una forma extrema, se hace necesario negar que exista una *naturaleza humana,* pero *de hecho* las certezas básicas e iniciales del comportamiento práctico son espontáneas y no demos-

[49] *Cf.* Pieper, J.: *Prudencia*, en *Las virtudes fundamentales,* (Madrid, Rialp, 1990) pp. 33-82.

trables,[50] y dan por supuesto esos bienes a la hora de regir la conducta, pues están ya presentes en todo actuar.

3.4 *LA ACEPTACIÓN Y EL RECHAZO DE LA VERDAD*

La verdad sólo se incorpora a la vida del hombre si éste la acepta libremente. Así mismo puede rechazarla: no se impone necesariamente. La presencia o ausencia de la verdad en la vida del hombre y en la sociedad es un asunto fundamental, que da lugar a una enorme cantidad de situaciones que tienen que ver con la ética. ¿Cómo lograr esa aceptación? Por medio del respeto hacia ella. La verdad ha de ser hospitalariamente recibida en la vida humana. Su presencia ennoblece al hombre. Su ausencia, la mentira y la falsedad, lo envilece. Verdad significa *riqueza,* precisamente porque hace a la persona poseedora de aquellas realidades cuya verdad acepta y reconoce.

La aceptación de la verdad tiene cuatro momentos sucesivos. El primero de ellos es adquirir la disposición de aprender, que exige ante todo tomar conciencia de que uno no sabe. Esto es lo que Sócrates hacía con él mismo y con los demás.[51] Esta disposición nos hace ser abiertos a las verdades nuevas con que podamos toparnos. El más ignorante es el que no sabe que lo es, el que cree que sabe. Esta adquisición puede hacerse por medio de la curiosidad, del asombro o la admiración, o de la perplejidad, que hace entrar en crisis las seguridades del mundo en que vivimos.

Una vez dispuestos a aprender algo, se requiere cultivar la atención,[52] mediante la observación atenta de la realidad de que en cada caso se trate. La mayor parte de los errores que cometemos se deben a falta de atención, que equivale en cierto modo a la inconsciencia. Cultivar la atención significa: estar despiertos,[53] no dormirse, vigilar. Una forma de cultivar la atención es buscar la verdad.

En tercer lugar, *respetar la verdad es aceptarla.* Hay verdades que nos pueden enfadar, especialmente si hacen referencia a nuestros propios fallos. Pero hay que aprender a aceptar los propios errores. Quien no sabe aceptar la verdad, se frustra. Se niega a conocerse. Se niega a conocer a las personas que le rodean

---

[50] *Cf.* Tomás de Aquino, *Suma Teológica,* 1-11, q. 94, a. 2; Carpintero, F.: *Una introducción a la ciencia jurídica, Ob. Cit.,* pp. 311-321.
[51] Platón, *Apología de Sócrates*, 20e.
[52] Innerarity, D.*: Tras la postmodemidad,* en *Anuario Filosófico,* XXVII/3, 1994, p. 952.
[53] Spaemann, R. (1990): *Ob. Cit.* p. 139.

si resulta que tampoco está dispuesto a admitir fallos en ellas. No avergonzarse de la verdad es síntoma de tener una personalidad madura, que no vacila en aceptarla, con sus consecuencias, sean favorables o adversas (por ejemplo, aceptar que uno tiene cáncer). La verdad hay que encararla, enfrentarse con ella. Aceptarla no implica no hacer nada por superar el error; más bien, sólo si sé dónde he fallado puedo rectificar.

Una verdad aceptada genera *una convicción*. Las verdades de las que uno está convencido pasan a formar parten de uno mismo, quedan "guardadas" en nuestra intimidad. Las convicciones nacen de la experiencia, de haberse encontrado con verdades determinadas.

Sin embargo, la verdad puede ser rechazada por el hombre. Las razones son varias. Por un lado, puede pasar inadvertida, por falta de disposición de aprender o por falta de atención. Quien carece de esa disposición pasa su vida sin que surja nada verdaderamente interesante, rotando del aburrimiento a la diversión, y viceversa. La causa está en que esa persona se alimenta sólo de verdades pequeñas. Un ejemplo claro aparece en la figura del "pesado". Siempre cuentan lo mismo, algo que no tiene por qué tener gracia y que acaba produciendo irritación por su superficialidad.

Esta situación de *inconsciencia* respecto de la verdad se parece un poco al sueño. *La rutina* consiste precisamente en acostumbrarse a las verdades grandes, que pasan a ser pequeñas cuando a base de tenerlas delante terminamos por no verlas. Esto sucede a veces con el amor: la gran pasión con que empezó un matrimonio puede acabar convertida en domingos de televisión porque no hay ninguna verdad en común sobre la que organizar la convivencia.

Una falta de disposición para aprender es el prejuicio, convicción inmotivada *a priori,* inducida casi siempre por otros, que nos hace percibir la realidad, no como es, sino como nos han dicho que es, o como nosotros nos hemos imaginado. Los prejuicios hacen poca justicia a la verdad y son poco benevolentes con lo real. Suelen ir acompañados del recelo y la sospecha, y proceden más de la voluntad particular y los sentimientos que de la razón. Y porque son más bien irracionales, echan a perder la concordia y la ilusión. Otra falta parecida es la incapacidad de escuchar.

El eludir la verdad es el segundo grado de su rechazo. Consiste en "retirar furtivamente la mirada"[54] de ella. La vemos un momento, pero hacemos como

[54] Spaemann, R.(1990): *Ob. Cit.* p. 273.

que no la hemos visto. La tratamos como al vecino que no nos agrada que parece dispuesto a tomar el ascensor con nosotros –¡seis pisos!–, y cerramos la puerta del ascensor haciendo como que no le hemos visto, aunque él y nosotros sabemos que le hemos visto, "pero es que molesta", pensamos. *"Retirar furtivamente la mirada" es la manera más corriente de actuar mal,* porque no queremos encararnos con la verdadera situación. Es el caso del que "no quiere darse por enterado", por ejemplo, del descontento que causa un jefe a sus empleados por su actitud de poca comprensión o ayuda.

La forma extrema de eludir la verdad es huir de ella, darle la espalda, escapar de sus proximidades. La bebida como refugio, las drogas, son formas de *eludir la totalidad de la situación* en la que uno se encuentra. La tristeza que provoca ese tipo de huidas son señales claras de la necesidad de la verdad para la vida: sin ella no cabe ser feliz; sin ella lo mejor es no ser consciente de la propia existencia, pues ésta resulta deprimente. En la verdad nace la libertad como afirmación de la belleza del propio ser.

Por último, la forma extrema de rechazar la verdad es negarla, decir que no existe. Para ello cabe servirse de la manipulación de la verdad, para que parezca otra cosa o aparente menos de lo que en realidad es. Éste es el riesgo de los periodistas, narradores y políticos. O bien, se puede intentar ocultar la verdad mediante la mentira o la imposición de silencio: echar nubarrones de humo, no dejar hablar a los que dicen verdades que no queremos oír, castigar a los subordinados que discrepan de la versión "oficial" de la realidad, no dar la palabra, etc. En todos estos modos de rechazar la verdad hay una ausencia de reconocimiento de lo real. Se retira la benevolencia hacia las cosas: no quiero saber nada de ellas; me invento mi propia verdad. Así, el que miente se atribuye falsos poderes creadores.

La actitud ética respecto de la verdad consiste en respetarla, y enfrentarse con ella, para reconocerla, si bien esa aceptación pueda ser molesta o complicar la vida. Aunque la verdad traiga problemas, hay que prestarle asentimiento, como hizo Sócrates. En caso contrario, la convivencia se deteriora, pues se rompe la confianza. *Veritas parit odium*, decían los clásicos, la verdad engendra odio. Pero esto sólo sucede cuando se rechaza, cuando su conocimiento no abre a la corrección. Cuando la verdad se acepta, el hombre se enriquece, y su existencia adquiere una dignidad y un brillo inusitados, porque en ella hay más libertad.

CONCLUSIONES

Los valores desempeñan un papel central en la ciencia y ese cometido no es arbitrario o añadido, sino inherente a su propia estructura de búsqueda racional de comprensión y acomodación al mundo natural que constituye el entorno de nuestra vida. No hay por lo tanto cabida para separar la ciencia de las cuestiones evaluativas, ni de la ética. Al contrario, se impone la necesidad de incluir dentro del ámbito de la ciencia no sólo una axiología enfocada hacia los valores epistémicos, y metodológicos, sino también hacia los valores sociales, éticos, estéticos y ecológicos en la ciencia. Esta axiología estudiaría la ciencia tal como ella se produce tanto a nivel individual, como grupal, institucional, y social. Trabajo en el cual colaborarían naturalmente filósofos, historiadores y sociólogos de la ciencia, pero también expertos en la incidencia de la tecnociencia en la sociedad, y ojalá también científicos.

La conciencia del sentido axiológico de la actividad científica debería tenerse muy en cuenta en la formación y educación de los futuros hombres de ciencia. Nadie ignora que la educación científica es un proceso enfocado hacia la construcción de saber teórico y práctico, por eso adopta la forma de saber sobre el mundo. En ningún contexto como en el educativo es indispensable la normatización, en ningún contexto fracasa tanto la idea de Feyerabend de "todo vale".[55] Puesto que la enseñanza de la ciencia es condición necesaria para la reproducción y el mejor desarrollo del conocimiento científico, sería un error ignorar los valores que rigen esta fase de la educación científica: orden, claridad, capacidad argumentativa, potenciación del espíritu crítico, modestia intelectual, respeto por la dignidad humana, interés por ayudar a solucionar los problemas más graves de su propia sociedad y respeto por el medio ambiente, son entre otros, valores que deben empezar a desarrollarse desde los bancos de la escuela y enfatizarse sobre todo en la universidad.

Si la filosofía de la ciencia tomara en cuenta la pluralidad axiológica de la actividad científica, no tendría por qué ser considerada como un saber de segundo nivel o teorización de teorizaciones, como lo plantea Ulises Moulines,[56] puesto que su ámbito de estudio no dependería solamente de cómo se ha desarrollado la actividad científica, sino del deber ser de esta actividad. Lo cual no significa

[55] *Cf.* Echeverría, Javier. *El pluralismo axiológico de la ciencia.* En *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política,* Nº 12, *Barcelona*, 1995.
[56] *Cf.* Moulines, Ulises. *La filosofía de la ciencia como disciplina hermenéutica,* en *Isegoría. Revista de Filosofía moral y política*. Barcelona, 1990, p. 110.

que estemos postulando una filosofía de la ciencia normativa en cuanto a los contenidos y métodos de la ciencia, sino, que sin dejar de intensivar el pluralismo metodológico, promoviera también valores tanto epistémicos como prácticos que pudieran ofrecer innovaciones axiológicas al trabajo realizado por los hombres de ciencia y tecnología. Una filosofía de la ciencia capaz de concienciar sobre la necesidad de humanizar la actividad científica en un mundo donde priman los medios sobre los fines, y donde la ciencia ya no es la búsqueda desinteresada del saber, sino también la búsqueda del saber con intenciones mercantilistas y politiqueras para dominar, controlar y ganar.

Fundamentos ideológico-políticos y jurídicos para una política exterior de derechos humanos de la República Bolivariana de Venezuela

Fermín TORO JIMÉNEZ*

* **Universidad Central de Venezuela,** Doctor en Derecho, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho,* Jefe de la Cátedra de Derecho Internacional Público (1980-1983), Profesor Titular (desde 1959), Cursos de Postgrado, Profesor desde 1980, *Escuela de Estudios Políticos y Administrativos*, Jefe del Departamento de Relaciones Internacionales (1978-1981), Jefe de Cátedra de Historia de las Relaciones Internacionales (1976-1978), Jefe de la Cátedra de Estructuras Internacionales (1995-1996), Profesor (1974-1988), Miembro del Consejo de Escuela (1984-1986). **Universidad José María Vargas,** Profesor (2000-2003). **Escuela Superior de Guerra Naval,** Profesor (2000-2003). **Ministerio de Relaciones Exteriores,** *Instituto de Altos Estudios Diplomáticos "Pedro Gual",* Director (1994-1999). **Instituto de Altos Estudios Internacionales,** Ginebra, Suiza, Cursos de Postgrado (1962-1965). **Academia de Derecho Internacional Público de La Haya, Reino de los Países Bajos,** en Bogotá, República de Colombia, Primer Curso Exterior sobre Relaciones Internacionales América Latina, 1969. **Asociación Venezolana de Derecho Internacional,** Miembro Fundador. **Asociación Americana de Juristas** *(AAJ), Capítulo Venezuela,* Fundador y Secretario General. Autor de **Manual de Derecho Internacional Público,** en dos volúmenes (1982 y 1983, respectivamente) y varias ediciones, amén de numerosas monografías difundidas en publicaciones especializadas y arbitradas. Actualmente se desempeña como Representante Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante la Organización de Naciones Unidas. Nueva York, Estados Unidos de América, desde el 9 de julio de 2004.

Dos concepciones sobre los derechos humanos se han hecho presentes en el sistema internacional contemporáneo.

I

La primera de dichas concepciones ideológico-políticas obedece al ascenso y protagonismo de los pueblos en la escena internacional como actor histórico en búsqueda del papel protagónico y principal que les corresponde en las decisiones cruciales sobre el destino del género humano y la vida en el planeta, en la medida en que han insurgido contra el encierro a que los ha condenado las fronteras del Estado Nacional y la falta de legitimidad de muchos de sus gobernantes.

Consiste en el reconocimiento, irreversible, patrimonio adquirido de los pueblos, de que los derechos fundamentales del hombre y la mujer representan el nivel básico y primario de una conciencia social, global, y humanista. Conciencia que, en un panorama de desigualdad y de injusticia universales, responde a la convicción de que la protección y promoción de los derechos de una inmensa mayoría desvalida de los habitantes de la Tierra es la única garantía de su inclusión social y de que a su vez la humanidad pueda apartarse de la ruta de la autodestrucción hacia la cual ha sido encaminada por el sistema capitalista mundial, y emprender rumbo hacia un mundo diferente libre de las miserias impuestas por las secuelas de la globalización neoliberal.

Por esta razón, asegurar e impulsar en la práctica la causa del respeto a los derechos humanos a lo ancho y largo del planeta, sin discriminación alguna, a un mismo tiempo, desde dentro de los Estados y desde la esfera internacional, en acción convergente contra las fuerzas y factores de la explotación económica, la dominación política y la exclusión social, es tarea que incumbe a quienes han asumido esta concepción ideológica, posición política y compromiso de lucha.

Por otra parte, esta concepción, nacida en el plano jurídico internacional en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es expresión natural de los pueblos de las Naciones Unidas y compromiso de tipo asociativo entre los Estados que conforman la sociedad internacional, por el cual han asumido la defensa de los derechos humanos en lo internacional como forma de cooperación subsidiaria que complementa la actuación de la soberanía estatal, desde el área constitucional.

El fundamento político de esta concepción es una sociedad internacional, que desde su alumbramiento, en los siglos XIV, XV y XVI, hasta hoy continúa

siendo jurídica y estructuralmente la misma, sustanciada, realizada y conformada como un conjunto institucionalizado de Estados soberanos, iguales jurídicamente, en posición de igualdad y nexos de coordinación, vinculados entre sí por derechos y obligaciones originarios y fundamentales cuya fuente es la autodeterminación popular, así como derechos y obligaciones convencionales, nacidos de los tratados suscritos por éstos, de costumbres internacionales, universales y regionales, y demás fuentes del Derecho Internacional Público. Así lo consagra todavía, como principio irreductible, en vigor desde 1945, la Carta de las Naciones Unidas, al decir en su artículo 2°, aparte 1:

> La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros

II

La segunda de estas concepciones ideológico-políticas responde también al ascenso de los pueblos, realidad que se impone inexorablemente; pero obedece, por parte de quienes la suscriben, a una actitud de resistencia al cambio y se propone sofocar o asfixiar la acción y la protesta popular y postergar, cuando no exterminar, la presencia multitudinaria del pueblo en la Historia, como nuevo y decisivo protagonista político social. Esta concepción, se disfraza del propósito de secundar la promoción y protección de los derechos humanos, se infiltra e institucionaliza como ideología dominante en eventos, opiniones y declaraciones internacionales, libros de texto y variadas publicaciones de la más diversa procedencia, hasta convertirse en prédica engañosa para reclutar incautos e instrumentalizarlos. La bandera de los derechos humanos que agitan sus voceros en el sistema internacional es sólo una argucia para encubrir la coerción y la represión contra gobiernos legítimos, soberanos y populares, por parte de los Estados Unidos y sus aliados imperiales, medio de intervención en los asuntos internos de los Estados, ataque a la soberanía de éstos y desconocimiento de la autodeterminación de los pueblos, matriz originaria de todos los derechos humanos. Esta visión, nacida a su vez en el plano jurídico-internacional en 1978, como expresión de la decisión unilateral de política exterior de los Estados Unidos de América, durante el gobierno de James Carter, pero de carácter bipartidista y, extendida por la vía de la imposición y sumisión ideológica a los dirigentes de otros Estados, concibe, en cambio, las instituciones y normas jurídicas internacionales de los Derechos Humanos como parte de una estructura supracional política y jurídica impositiva que se sobrepone a la soberanía estatal y a la autodeterminación de los pueblos, vulnerando los sistemas e instituciones de derechos humanos propios de cada ordenamiento jurídico

nacional, actuando como mecanismo de intervención o injerencia extranjera, por parte de los mismos Estados que practican la dominación imperial.

Esta sociedad internacional originaria se hizo más compleja cuando se incorporaron desde finales del siglo XIX, a los Estados fundadores de ella, organizaciones consensuales asociativas interestatales llamadas también intergubernamentales**.** La naturaleza jurídico–política de estas organizaciones se define como una estructura igualitaria entre los Estados que la constituyen. Las relaciones entre éstos y los organismos asociativos son enlaces horizontales de coordinación que hacen de tales órganos instancias dependientes de la voluntad de los Estados, es decir, heterónomos. Constituidas como asociaciones entre Estados, las funciones de estas organizaciones sólo están definidas por la cooperación entre éstos, en condición paritaria, en vista a los fines comunes que persiguen, canalizan y cumplen a través de órganos decisorios, singulares o colectivos.

A éstas se sumaron a mediados del siglo XX, dentro de la sociedad internacional otras organizaciones interestatales también consensuales y asociativas, que responden por igual a la estructura igualitaria entre los Estados. Sin embargo, estas organizaciones están superpuestas a los Estados asociados; sus órganos están, por definición, conectados a ellos a través de un enlace jerárquico de suprasubordinación, es decir, vertical. En este caso los órganos sociales están concebidos como autónomos, es decir, independientes de los Estados asociados y supraordinados a éstos. La naturaleza jurídica de estos últimos está definida, a diferencia de las anteriormente mencionadas, porque consisten precisamente en un mecanismo jurídico–político sólo instrumental, y por tanto, provisional, dirigido al objetivo común de integración o fusión paulatina entre Estados asociados, es decir, a la desaparición de dichos Estados y a la creación consiguiente de una nueva forma de organización social internacional, cualitativamente distinta a aquéllos, llamada a reemplazarlos como unidad política. Los Estados, en su dinámica integracionista, generan necesariamente, para lograr el objetivo comunitario, órganos autónomos superpuestos a los Estados, cuyas decisiones, por definición, crean un orden jurídico supranacional llamado comunitario, de aplicación directa, inmediata e incondicional en la legislación de los Estados, con primacía sobre el Derecho Interno. Estos órganos comunitarios tienen como función la absorción y reemplazo paulatinos, en todas las áreas de la función estatal, de las competencias legislativas o de reserva legal de los Estados comprometidos en el proceso, hasta la culminación de éste, que consistirá en la desaparición de las soberanías estatales integradas y su absorción por la identidad política cualitativamente superior que los mismos Estados han creado en su compromiso de integración.

Dentro de estos dos tipos o modelos descritos de organización internacional, ambas interestatales, pero sustantivamente diferentes entre sí por su naturaleza, la Organización de Estados Americanos, y el sistema normativo sobre el cual reposa desde su nacimiento mismo en 1948, confirmado sucesivamente por las reformas de la Carta de la OEA, (dentro de las cuales se incluye el presente subsistema interamericano de Derechos Humanos), se define tipológicamente como especie de la primera de las categorías descritas de organizaciones internacionales. Esto, porque consiste en una **o**rganización interestatal de estructura con enlace paritario de coordinación entre sus miembros, y entre éstos y los órganos asociativos que le son inherentes, en ningún caso yuxtapuestos o supraestatales. Esto se infiere y refleja naturalmente y sin dificultad, de la sana lectura e interpretación del significado, armónico, de los artículos 52 aparte 1 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas, 1 y 3 aparte(b) de la Carta de la OEA; y del Preámbulo y artículo 46 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dichas normas, interrelacionadas en niveles legales escalonados sucesivos que descienden de lo general hacia lo particular, afirman, confirman, fundamentan y preservan, sin menoscabo alguno, la inmunidad de la soberanía de los Estados asociados que forman el subsistema interamericano de Derechos Humanos respecto a la Organización y, correlativa y simultáneamente, determinan las limitaciones cualitativas de los órganos del sistema, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus actuaciones respectos a los Estados partes de aquél. Dicen los textos referidos:

"Carta de la Organización de las Naciones Unidas"

> **Artículo 52.1** "Ninguna disposición de esta Carta se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin es atender los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional, ***siempre que dichos acuerdos u organismos y sus actividades sean compatibles con los propósitos y principios de las Naciones Unidas*** (énfasis añadido).

"**Carta de la Organización de los Estados Americanos**":

> **Artículo 1:** Los 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*** (énfasis añadido).

> ***La Organización de los Estados Americanos no tiene más facultades que aquella que expresamente le confiere la presente Carta, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros*** (énfasis añadido).

Artículo 3:

Los Estados americanos reafirman los siguientes principios:

> ***(b) El orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados*** y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional (énfasis añadido).

"Convención Americana sobre Derechos Humanos":

Preámbulo:

> **Reafirmando** que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican ***una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*** (énfasis añadido).

Artículo 46:

> 1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:
>
> > a) ***que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocido*** (énfasis añadido);
> >
> > b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
> >
> > c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional; y
> >
> > d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la

persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1.a y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:

a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata del debido proceso legal para la protección del derecho o derechos o que se alega han sido violados;

b) ***no se haya permitido el presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; y***

c) ***haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos*****"** (énfasis añadido).

III

Dicho lo anterior, podemos afirmar que el sistema político y jurídico venezolano, tal como está consignado en la Constitución en vigencia, se ubica en el cauce de la primera de las concepciones político-ideológicas y jurídicas que venimos de reseñar en sus grandes líneas. En efecto, la razón de existir del proceso impulsado por el pueblo venezolano que actualmente vivimos, en rumbo hacia una democracia revolucionaria, participativa y popular para erradicar la pobreza, la miseria y el atraso cultural, es el compromiso que el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela ha asumido para la realización, sin exclusiones, de los derechos humanos de nuestro país. De allí que el tema de los derechos humanos para Venezuela se ha constituido en una bandera enarbolada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la más avanzada del mundo occidental en materia de Derechos Humanos, porque además de contener el más extenso repertorio conocido de éstos, los inviste de rango y supremacía constitucional.

La promoción del respeto a los derechos humanos constituye para Venezuela la columna vertebral de nuestra gestión pública como Estado, y por tanto el mandato principal asignado por el pueblo venezolano a nuestra dirigencia bolivariana. Así lo manda el artículo 2 del texto de la Constitución que dice:

Artículo 2:

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su orde-

> namiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Como se observa, el texto citado proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico y de la actuación de sus órganos del Estado, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y la *preeminencia de los Derechos Humanos*, en el entendido de que esta expresión sólo implica la naturaleza constitucional de éstos, como ya hemos explicado. En este sentido, nuestro Gobierno ha asumido el compromiso histórico con nuestro pueblo y con los demás pueblos del planeta, de asegurar la vigencia plena de estos derechos en su más amplia dimensión democrática y popular.

La pieza maestra y punto de partida histórico de un programa para la vigencia real de los derechos civiles y políticos en Venezuela, ha sido la decisión de la Fuerza Armada de la República de renunciar irrevocablemente, a la represión popular como política de Estado desde 1999. Esta decisión ha restituido al pueblo venezolano su condición humana y su dignidad mancillada por doscientos años, el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y con ello la plenitud de la ciudadanía. Al mismo tiempo reestablece el nexo entre teoría y práctica de la democracia, haciendo del pueblo la instancia y voluntad colectiva integradora, y autora de las instituciones de Gobierno de la sociedad a través de los múltiples mecanismos de participación popular directa previstos en el artículo 70 de la Constitución que dice:

> Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la renovación del mandato, las iniciativas legislativas, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico; las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.
>
> La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.

En términos numéricos la tarea social de la Revolución consiste en restituir a la vida cívica y participativa a los excluidos, el 65% de la población venezolana.

Esta premisa real que se afinca en la Constitución de 1999 ha hecho posible el despliegue de las libertades de opinión, expresión del pensamiento, asociación y manifestación, en una magnitud sin precedentes en la historia política de nuestro país.

En el área laboral, durante los dos últimos años se han legalizado más de 1.000 nuevos sindicatos en diversos sectores del quehacer económico; así como una nueva Central de Trabajadores, originada en la segunda división de la tradicional Confederación de Trabajadores de Venezuela. Esto significa que en nuestro país ha habido un despertar del movimiento sindical en búsqueda de su independencia y autonomía respecto del Estado y del sector empresarial, que antes eran inexistentes. El surgimiento exponencial de nuevas organizaciones sindicales así lo demuestra.

En el campo de los derechos de la mujer, los movimientos de mujeres han protagonizado importantes movilizaciones sociales para la construcción de una sociedad más justa. La Constitución asume la equidad de género como eje que transversaliza todo el texto constitucional, estableciendo igualdad de derechos y obligaciones entre hombres y mujeres en todos los ámbitos de la vida familiar, laboral, política, social y comunitaria. Transforma a la mujer en sujeto social de derecho, reconoce el valor económico del trabajo doméstico y garantiza la seguridad social para las amas de casa. Hemos suscrito y ratificado la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo facultativo, así como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Dentro del marco de estos convenios Venezuela ha promulgado la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer (1993); la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia (1999); y ha creado el Instituto Nacional de la Mujer (INAMUJER), órgano permanente de coordinación nacional que ejecuta y supervisa las políticas públicas que atienden los programas que aquejan la situación de la mujer en Venezuela.

Igualmente, se inicia una empresa de poner fin a décadas de corrupción y deterioro en la Administración de Justicia. Esta tarea está en la mira de los retos que ha asumido nuestro proceso revolucionario. A comienzos de 1998, el 95% de los jueces eran provisionales. Gracias al nuevo régimen de concursos de oposición operativo desde 1999, hoy día la mitad de nuestros jueces ya son titulares, con lo cual hemos alcanzado el más alto número de jueces de carrera de la última década. La Defensoría Pública ha sido consagrada en la Constitución como un servicio autónomo en beneficio de las mayorías, y la modernización judicial avanza con la nueva Escuela de la Magistratura y el

nuevo sistema organizativo de ésta, denominado Juris 2000, que avanza financiado por el Banco Mundial.

Enfrentar el círculo vicioso de la exclusión social impone hacer efectivos los derechos económicos y sociales de los venezolanos, abriendo paso a una democracia inédita, caudalosamente participativa y protagónica impulsada por la voluntad del pueblo venezolano, y el Gobierno Bolivariano liderado por el Presidente Chávez, materializando las garantías de los derechos económicos y sociales a través de un conjunto de programas de carácter social denominados "Misiones" que son núcleo de ofensiva social estratégica de soluciones definitivas para reducir progresivamente el hambre y la pobreza, ofreciendo mejor calidad de vida a los venezolanos.

En materia de salubridad pública, el Gobierno Bolivariano garantiza el mandato constitucional del derecho a la salud a través de la Misión "Barrio Adentro", nueva institucionalidad y embrión de un nuevo Sistema Nacional de Salud, regida además por los principios de gratuidad, universalidad, equidad, integración social y solidaridad. Programa dirigido en primer lugar a saldar la deuda social contraída históricamente con el pueblo. Atiende grupos básicos de necesidades primarias en cada barrio a nivel nacional. Hasta el cuatro de septiembre de 2004, "Barrio Adentro" había realizado 56.883.421 consultas a pacientes, además han realizado 8.247.884 visitas familiares para cumplir la labor de prevención de enfermedades y ha salvado 18.470 vidas humanas, en el área odontológica ha atendido 3.027.346 pacientes, y a más de 556.456 casos de optometría, proporcionando incluso los lentes correctivos sin costo alguno para los pacientes. Además, este programa social cuenta con un sistema de distribución integral de medicinas, técnico, periódico y gratuito que dispone de 103 renglones de medicamentos esenciales que forman un arsenal terapéutico capaz de solucionar en más de un 95% la problemática de salud derivada de la pobreza que padece la gran mayoría de nuestra población.

En materia de educación, se diseñó un plan para alfabetizar e insertar a los excluidos socialmente en programas educativos de magnitud popular y gratuita, a través de las Misiones "Robinson" (Alfabetización y Educación Primaria), Misión "Ribas" (culminación del bachillerato), Misión "Sucre" que garantiza el ingreso a la educación superior y la utilización de la capacidad instalada de las universidades nacionales para dar acceso a este nivel a los sectores en situación de desamparo educativo. Todo ello, sin dejar a un lado la educación inicial que abarca desde la gestación hasta los seis años de edad con la participación de la familia y de la comunidad en el llamado Plan "Simoncito" (que incluye un

centro de orientación materno infantil, proyectos de escuelas bolivarianas con horario integral y alimentación en tres turnos).

El Gobierno Bolivariano también ha puesto en marcha la Misión "Mercal" que tiene dos fases: la primera consiste en asegurar la alimentación inmediata de los sectores más pobres de la población a bajo costo y el suministro de alimentos gratuitos para los sectores de indigentes. Ha incorporado a este proceso a grupos familiares, pequeñas empresas, y cooperativas organizadas, activando puntos de comercio fijos y móviles. La estrategia permite atender a ocho millones de personas. De igual forma cuenta además con comedores populares que brindan protección alimentaria, higiene, abrigo, recreación, educación, salud y cultura a 200.000 personas que se encontraban en total desamparo social. La segunda fase consiste en facilitar herramientas para encaminar a los participantes hacia labores que generen servicios y bienes para cubrir las necesidades de la zona de despliegue de cada núcleo de desarrollo planificado en escala nacional. Estos núcleos de desarrollo articulados entre sí se extenderán en red y se fortalecerán en función de las sinergias entre los grupos sociales que forman parte de aquéllos. Cada uno de dichos núcleos articulará las áreas de industrias básicas, infraestructura producción industrial, agrícola, servicios y turismo. Multiplicados estos centros de producción en todo el país, se traducirán en crecimiento de la producción de bienes y servicios de la mejor calidad. A medida que el desarrollo endógeno se profundice iremos rompiendo el vínculo estructural de dependencia de la industria foránea y de los oligopolios internos. No se pretende simplemente dar trabajo a un colectivo de personas, sino de articularlos en una red de producción, en acción coincidente entre la voluntad de los participantes de ésta y el apoyo de políticas públicas pertinentes.

En cuanto concierne a la garantía de los derechos civiles y políticos, la República Bolivariana de Venezuela dispone en la actualidad de un sistema judicial propio de protección de Derechos Humanos, organizado, funcional y eficiente, fundamentado en una normativa constitucional debidamente desarrollada institucionalmente. Cualquier denuncia sobre una presunta violación o amenaza de violación de derechos humanos es procesada a través de la Fiscalía General de la República y transmitida a los Jueces competentes, después de una escrupulosa investigación, dirigida a tomar las sanciones que contempla la legislación vigente para los infractores o para acordar las medidas cautelares de protección, en coordinación con las autoridades policiales competentes, en beneficio de quienes pudieren estar amenazados en el disfrute de sus derechos fundamentales, tanto por acciones de funcionarios públicos como por personas ajenas al Estado.

Las garantías del cumplimiento de los derechos económicos y sociales, de carácter y titularidad colectivas son los referendos consultivos y revocatorios previstos en los artículos 71 y 72, que disponen:

Artículo 71:

Las materias de especial trascendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el Registro Civil y Electoral.

También podrán ser sometidas a referendo consultivo las materias de especial trascendencia parroquial, municipal y estadal. La iniciativa le corresponde a la Junta Parroquial, al Concejo Municipal o al Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; al Alcalde o Alcaldesa, o al Gobernador o Gobernadora de Estado, o a un número no menor del diez por ciento del total de inscritos e inscritas en la circunscripción correspondiente, que lo soliciten".

Artículo 72:

Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Cuando igual o mayor número de electores o electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocación, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores o electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores o electoras inscritos o inscritas, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley.

La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.

Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato.

IV

La República ha estado sometida sin cesar, de manera inclemente, en los tres últimos años, a través de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, como son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la injerencia sistemática del Gobierno de los Estados Unidos de América. Estos órganos, instrumentalizados políticamente como medios de intervención en nuestros asuntos internos, así como las organizaciones no gubernamentales que actúan de concierto con éstos y sus asesores legales, han pretendido que el sistema jurídico y político interamericano es una misma estructura supranacional que se impone a nuestra Constitución y al ordenamiento jurídico institucional nacional según quienes aceptan dicha supranacionalidad.

La calificación del Derecho Interamericano de los Derechos Humanos como supranacional constituye una distorsión o interpretación perversa del significado del compromiso normativo para cualquier Estado miembro del Sistema que, de buena fe, haya suscrito la Convención de San José y esté en la disposición de recibir y de ofrecer cooperación o colaboración de la organización. Esto, además en razón de que al suscribir dicha Convención, los Estados Parte de ella y la organización misma, a través de sus órganos de actuación, deben acatar el principio axial de la subsidiariedad, reconocido desde el Preámbulo mismo de dicho tratado internacional. Principio que confirma la función complementaria que desempeña el Sistema Interamericano de Derechos Humanos respecto a la función prioritaria y protagónica que en esta materia corresponde al Estado, a la cual deben obediencia los órganos internacionales sistémicos (Comisión Interamericana de DD.HH. y Corte Interamericana de DD.HH.) puramente asociativos y heterónomos a la soberanía de los Estados asociados parte del sistema. Soberanía que a la postre representa la fuente y, simultáneamente, el límite de la actuación de los órganos que forman el Sistema Jurídico Interamericano de los Derechos Humanos en sus poderes y actuaciones respecto a los Estados miembros.

Si en el plano normativo internacional el análisis conduce a esta conclusión, a idéntico resultado conduce la cuestión desde la perspectiva de nuestro Derecho interno estatal venezolano, conforme a los dispositivos de la novedosa Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En efecto, en materia de Derechos Humanos, resulta inadmisible como regla general para nuestra Carta Magna el carácter "supraconstitucional" de cualquier norma internacional emanada de tratados, costumbres o cualquier otra

fuente del Derecho Internacional Público. Nuestra Carta Fundamental se limita a admitir la "constitucionalidad" pura y simple de las normas internacionales sobre Derechos Humanos; tampoco la consagra incondicionalmente, es decir, la acepta únicamente en beneficio de "la nacionalización" de aquellas normas que tienen carácter progresivo, en relación a la normas de las misma naturaleza, reconocidas o consagradas en el Derecho Interno venezolano. Decisión que, además queda sometida al criterio del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, supremo árbitro y rector de la constitucionalidad venezolana. Dice la norma constitucional pertinente así:

> **Artículo 23:**
>
> Los tratados, pactos y convenciones relativos a 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 en ésta.

En particular, la Constitución admite la supraconstitucionalidad de las normas del Derecho Internacional Público sólo en aquellos supuestos en que el orden jurídico político nacional asume el compromiso histórico de encaminarse hacia procesos de integración latinoamericana. En este caso excepcional, la Constitución permite la sumisión del sistema jurídico venezolano a órganos internacionales supranacionales comunitarios y reconoce la supremacía consiguiente del Derecho Comunitario emanado y sancionado por dichos órganos respecto al Sistema Jurídico de Derecho Interno que esté en contradicción con aquél. Expresa la norma constitucional:

> **Artículo 153:**
>
> La República promoverá y favorecerá la integración Latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garantice el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procu-

> rando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas para integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.

La supranacionalidad, prevista por el artículo citado de la Constitución, por razones de principio, es requisito existencial para la integración, concebida como proceso de "desregulación" nacional. Los tratados de integración generan órganos y funciones supranacionales tanto legislativas como jurisdiccionales, que se nutren, crecen y hacen eficientes al ritmo de la delegación o renuncia consensuada y progresiva de las competencias nacionales de los Estados comprometidos en el proceso integrador. Responden también, en última instancia, a la voluntad del soberano, expresada en un momento "Constituyente", en "Referéndum popular" constitucional, de transferir, gradualmente sus poderes soberanos en provecho de una soberanía integradora novedosa y cualitativamente diferente, representada en órganos de una comunidad superior de Estados. En este proceso, el desmontaje organizado de las soberanías estatales y la Constitución de la nueva soberanía global, que ha de sustituir a aquéllas, se produce por renuncia o cesión voluntaria y progresiva de las primeras a sus atributos, en provecho de la constitución de la segunda. Esta supranacionalidad de índole excepcional y de lógica interpretación restrictiva, no puede ser extrapolada a otras áreas de las relaciones y compromisos jurídicos internacionales de Venezuela.

Los tratados que versan sobre Derechos Humanos a que se refiere el artículo 23 de la Constitución dentro de los cuales se ubica la Convención de San José, no se incluyen en este supuesto, es decir, no son tratados de integración porque: 1) no persiguen esta finalidad; 2) tienen como principio rector que las competencias de los órganos internacionales creados por ellos, tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la respectiva Corte, sólo son de segundo grado. Esto significa que dichas competencias sólo pueden ser ejercidas cuando los interesados han agotado los recursos nacionales ante la jurisdicción interna o cuando esta última no existe o está inutilizada. Así lo consagra la Convención de San José en su Preámbulo, segundo ***considerando*** y en los párrafos 1 y 2 del artículo 46, ejusdem que dicen:

> Preámbulo:
>
> **Reconociendo** que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual

justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

Artículo 46:

Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;

b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;

c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional; y

d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:

a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Estas características excluyen *per se* que pueda atribuirse carácter supranacional tanto a la Comisión como a la Corte; y 3) ya que la supranacionalidad como mecanismo de integración es apenas un recurso instrumental y transitorio para

mutar un conjunto de soberanías nacionales, en ecuación de igualdad política, en una sola soberanía plurinacional. Mientras que la supuesta supranacionalidad que se quiere implícitamente atribuir a la CIDH se pretende afirmar como un fin permanente y además, se niega a sí misma por el debido respecto que tales órganos del sistema deben a la soberanía de los Estados Miembros de éste. Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos son por definición instituciones de Derecho Internacional Público externas, es decir, ajenas al sistema jurídico y político venezolano. Pretender lo contrario, es inadmisible, por incompatible con la soberanía nacional, reconocida expresamente por la regla del agotamiento previo de los recursos internos, es decir, en razón del carácter subsidiario que tienen tales órganos, en la propia Convención, *vis a vis* de los órganos jurisdiccionales internos de los Estados Parte de ella. Además, la protección efectiva en la práctica de los derechos humanos consagrados por vía internacional en un tratado suscrito y ratificado por Venezuela, en los casos en que sea procedente, está supeditada como ya hemos visto a la intervención de las normas e instituciones del sistema jurídico venezolano, inherentes a la materia, de cuya aplicación no puede prescindirse. De lo contrario, también se desconocería la soberanía estatal. Así lo pauta el artículo 31, segundo párrafo de la Constitución que ya hemos citado.

A propósito de la "Ley del Velo"

María Luisa TOSTA*

SUMARIO:

Introducción
1. **Consideraciones sobre la intolerancia y sus causas.**
2. **¿Qué es la tolerancia?**
3. **El tema de los valores.**
4. **Teorías sobre los valores.**
5. **Críticas y confusiones de Frondizi sobre los valores.**
6. **Teorías de los valores y teoría del conocimiento.**
7. **Naturaleza de los valores. Escollos para Aftalión y compañía.**
8. **La tolerancia dentro del ordenamiento jurídico.**

Conclusión

INTRODUCCIÓN

En marzo de 2004 se aprobó en Francia una ley, llamada popularmente la "Ley del velo", que prohíbe el uso de signos religiosos en las escuelas públicas:

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogada, Licenciada en Filosofía, Doctora en Derecho. *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, *Escuela de Derecho*, Profesora. *Cátedras de Filosofía del Derecho e Introducción al Derecho*, Jefa. *Instituto de Derecho Privado*, Investigadora, ex Directora.

quedan proscritos no sólo el velo islámico, sino también la kippa o solideo judío, las cruces cristianas ostentosas, etc. La Unión Francesa de la Cohesión Nacional, que se opone a esa ley, intentó un recurso ante el Consejo de Estado contra su aplicación, con el alegato de que la medida afecta el principio de respeto a las creencias religiosas. El recurso fue rechazado por el Consejo de Estado, argumentando que no se vulneraba el principio de la libertad de culto. Por su parte el Ministro de Educación Nacional, Francois Fillon, dijo que la ley no se opone a la libertad religiosa en Francia y sólo pretende unir a los alumnos y no separarlos debido a sus creencias.

El 19-09-04, a pocos días de comenzar la vigencia de la ley, el Ministro de Educación francés informó que 101 alumnas seguían negándose a renunciar al velo.[1] Otra nota de prensa del 21-10-04 da cuenta de que en Francia fueron expulsadas de una escuela tres jóvenes musulmanas, por no acatar la ley.[2] Finalmente, una noticia llegada de Roma informa que un funcionario público de la ciudad de L'Aquila, en el centro de Italia, se negó a entregar el documento de identidad a una monja católica, que presentó una fotografía en la que aparecía con el velo de su hábito; la ley establece que las fotografías en los documentos de identidad deben mostrar claramente los rasgos de una persona. El funcionario indicó que, con anterioridad, había rechazado una fotografía similar de una mujer musulmana.[3]

¿El uso de los símbolos religiosos es parte o no de la libertad de cultos, consagrada en casi todas las constituciones liberales del mundo? ¿Permitir el uso de signos religiosos en un país significa quebrantar el carácter laico de un Estado? ¿Prohibir manifestaciones religiosas no es la otra cara de la imposición de una religión a ultranza, como hacían los talibanes en Afganistán?

Las expresiones del ministro francés son preocupantes. La idea de que la "ley del velo" sólo pretende unir a los alumnos y no separarlos debido a sus creencias, mueve a reflexión. Lo primero que se puede pensar es que, para unir a las personas, es preciso ocultar sus creencias. Para ser consecuentes con esa idea, habría que prohibir a los religiosos de cualquier credo el uso de hábitos o vestimentas especiales, así como suprimir el tañido de campanas en las iglesias y otros sonidos relativos a los cultos. De seguir por esta vía, podría terminarse no permitiendo sino las manifestaciones de un pensamiento único.

[1] Diario *El Nacional*, 20.9.04, p. A 12.
[2] Diario *El Nacional,* p. A 14.
[3] Diario *El Nacional*, p. 20.9.04, p. A 11.

La historia es muy rica en ejemplos de leyes y acciones que han tratado de eliminar las "diferencias" entre las personas. Los cristianos fueron perseguidos a muerte durante años, hasta que lograron invertir las cosas, alcanzar una posición de poder, y entonces sus mentes más preclaras, como San Agustín y Santo Tomás, encontraron argumentos suficientes para justificar la persecución de los herejes con respecto a sus doctrinas. Hasta llegaron los cristianos a organizar el Tribunal de la Santa Inquisición y la cacería de brujas. Los judíos tienen mucho que contar, a lo largo de los siglos, sobre persecuciones sangrientas de las que fueron víctimas, por el delito de ser "diferentes", al conservar con tanto celo su identidad cultural y religiosa. Pero todo ese sufrimiento secular no les enseñó a evitar la crueldad con los palestinos, por ejemplo. Los Reyes Católicos, en España, obligaron a moros y judíos a no "separarse" de los cristianos por sus creencias, bajo pena de expulsión y confiscación de bienes. Todo parece indicar que el faraón Tutankhamon fue asesinado por "diferencias" religiosas y que Sócrates fue condenado a muerte por no reconocer a los dioses de la ciudad y tener, en cambio, "extrañas" creencias relacionadas con genios. Las diferencias que ocasionan persecuciones no son sólo religiosas; de esto pueden dar fe el holocausto de los armenios y el cruento conflicto de los Balcanes.

Y ahora en este siglo XXI, la ley francesa prohíbe el uso de vestimentas que muestran creencias "diferentes" y que, por tanto, "separan" a las personas. ¿Qué hay detrás de todo esto? Una pista de lo que pudo ser la causa de esta ley, se encuentra en un extenso artículo de prensa titulado *Lo que el velo revela en Francia*, de Elizabeth Burgos, que pone el dedo en la llaga cuando se refiere al impacto que causó en todos los países el atentado de las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001. La reacción en algunos países fue la de culpar en general a los miembros del islam de ser terroristas; y generó un clima de tensión entre éstos y el resto de la población, incluidos los gobernantes. De hecho, Burgos señala que "la prueba de fuerza de sectores de la población musulmana (se calcula en 5 millones) con el Estado francés se centró en el debate sobre el velo islámico".[4] Frente a esta situación cabe preguntarse: ¿Para defender a los pueblos del terrorismo y garantizar la libertad, se está justificando la intolerancia y destruyendo la libertad misma de las personas?

Desde el siglo XVIII, los sistemas jurídicos del mundo han intentado combatir las persecuciones, garantizando a través de normas constitucionales la no discriminación de los ciudadanos por motivo alguno. A medida que se incremen-

[4] Diario *El Nacional*, 18.9.04, p. A 10.

tan las comunicaciones entre los pueblos y aumentan los desplazamientos de las personas de un lugar a otro del planeta, se vuelve más necesaria la adopción de actitudes que eviten los conflictos entre grupos diferentes. Por causa de la globalización, los pueblos del mundo están mucho más cerca unos de otros; sin embargo, hay un acontecimiento que ha alterado el equilibrio alcanzado a mediados del siglo XX. La mayor parte de ese siglo estuvo marcado por la impronta de un mundo bipolar, pero el derrumbamiento de la Unión Soviética tuvo la virtud de cambiar las cosas, con las consecuencias que están a la vista. Cuando hay dos centros de poder, se produce una especie de equilibrio natural, en el cual cada centro sirve de control o límite al otro. Parecido a lo que sucede con la división de poderes en el Estado, que pretende evitar el absolutismo como forma de gobierno. Pero se terminó el contrapeso y, como dijo Gorbachov, "llegamos a un mundo global sin estar preparados para vivir en él". La tentación del autoritarismo es grande. Con relación a la doctrina de la guerra preventiva, Gorbachov cree que "siempre hay una tentación de mandar y de experimentar con la fuerza. ¿Y quién es el que decide si se usa la diplomacia o la fuerza? Estados Unidos es el que decide, el que juzga y el que ejecuta las sentencias".[5] Así ha sucedido con las guerras en Afganistán y en Irak. Ahora el mundo anda en busca de nuevos equilibrios. El ex Presidente de la URSS propone cooperación política, cooperación económica entre las naciones y no imposición de culturas. Para lograr esto, es necesario entender, aceptar y practicar la virtud de la tolerancia. En artículo reciente, Alberto Krygler dice que "un nuevo sistema de organización –nacional y mundial– implica repensar nuestros modelos" y propone como primeros pasos los que conducen a "evitar la supremacía de la injusticia, la intolerancia y el fanatismo".[6]

1. CONSIDERACIONES SOBRE LA INTOLERANCIA Y SUS CAUSAS

Para llegar a la noción de tolerancia, es conveniente comenzar por examinar el origen de la intolerancia. Las persecuciones y exclusiones de personas o pueblos se han producido a lo largo del tiempo por causa de creencias religiosas o políticas, o por el hecho de pertenecer a una raza, a una nación, a un estrato social, etc. De modo que se persigue a causa de ideas, o a propósito de una condición de las personas. En ambos casos se trata de la diferencia de un grupo, en relación con el resto de la población. Con razón dice Michael Walzer que "la tolerancia hace posible la diferencia; la diferencia hace necesaria la tolerancia".[7]

---

[5] Entrevista en *El Nacional*, 11.5.04, p. A 10.
[6] *Un nuevo comienzo y nuevas responsabilidades*, en *El Nacional*, 8.2.05, p. A 6.
[7] *Tratado sobre la tolerancia*, Edit. Paidós, Barcelona, España, 1998, p. 13.

Pero ¿por qué se rechaza y se persigue al diferente? Iring Fetscher se pregunta "por qué se lo considera un 'enemigo'?" y responde: "Creo que esa hostilidad surge, en primer lugar, del cuestionamiento de las propias peculiaridades, planteado por esas 'divergencias' [...] cuanto más débil es, en general, la conciencia del propio valor, tanto mayor es la tentación de caer en la intolerancia".[8] Es decir, que la diferencia crea desconfianza en aquellos sujetos que no están muy seguros de su propio valor; temen la competencia. Pueden llegar a sentir envidia y odio por aquel que, siendo diferente, pudiera resultar mejor, o más fuerte, o más poderoso, y por tanto un peligro para la propia seguridad. Es entonces cuando los inseguros deciden que hay que atacar primero, como un medio de defensa. El miedo puede hacer que algunos imaginen, de modo exagerado, las cualidades de los otros, o su peligrosidad, terminando por atribuirles delitos que no han cometido. De modo que del temor se pasa a la agresión, a la confrontación. Desde luego, el ataque puede ir desde una sutil exclusión social, a una persecución económica, jurídica en lo civil o en lo penal, o a una agresión física, que puede llegar hasta la muerte.

Pero aparte de la inseguridad, también pueden producirse ataques de intolerancia por causa del fanatismo. Aquellos que defienden apasionadamente una creencia, especialmente si es religiosa o política, suelen llegar al extremo de creer su obligación de imponer esas creencias, incluso por la fuerza, a todas las demás personas. La fe en la "verdad" juega entonces un papel importante en el asunto y será conveniente volver a prestarle atención más adelante.

Por último, dice Mitscherlich que "los seres humanos son agresivos por naturaleza".[9] Y Hobbes encuentra en la condición natural del género humano tres causas principales de discordia: la competencia, la desconfianza y la gloria.[10] De modo que es necesario considerar también como causa posible de intolerancia, el simple deseo de imponer el poder personal a los otros, o incluso de humillar a los semejantes, como fuente de satisfacción propia. No es posible descartar, pues, una cierta tendencia al sadismo, a la crueldad, como causa de intolerancia.

Para poner remedio a la intolerancia, será útil precisar primero el origen, ya que las recetas para luchar contra ella habrán de variar según el caso. También será preciso hacer consciente, explícita, la convicción de que se desea la

[8] *La tolerancia*, edit. Gedisa, Barcelona, España, 1994, pp. 12 a 13.
[9] Citado por Fetscher, *La tolerancia, Ed. Cit.*, p. 151.
[10] *Leviatán*, editora Nacional, Madrid, 1980, p. 224.

coexistencia pacífica de los hombres, de que se valora sin discusión la vida humana y de que se considera un bien la libertad de los hombres y el respeto entre ellos. La claridad en las causas y propósitos es el primer requisito para el éxito de la empresa.

Además, puesto que la existencia de las diferencias entre los hombres son presupuesto de la intolerancia, es necesario tomar partido frente al hecho de las diferencias. El Ministro de Educación francés, citado al principio, expresaba el propósito de unir a los alumnos y no separarlos debido a sus creencias. Pareciera que en este caso la finalidad es lograr la unión de las personas, prescindiendo de aquellos signos que permitan establecer las diferencias. Es como querer evitar la intolerancia acabando con las diferencias. López Ortega habla de semejante sentimiento: "la creencia de que, evitando las diferencias, nos acercamos más al consenso [...] recurso absolutamente ingenuo, anti-natura, en el terreno de las ideas, en el terreno del ejercicio intelectual".[11] Este es un punto importante que hay que colocar sobre la mesa. No hay duda de que si se eliminan las diferencias, no hay motivo para la intolerancia. Desde luego, asesinar a todos los judíos, por ejemplo, es una forma de descartar cualquier posibilidad de persecución futura contra ellos. Si los cristianos, los judíos y los musulmanes no pueden mostrarse como tales, ¿no es una manera de intentar desaparecerlos en su especificidad? ¿Es ese el propósito? (Por lo demás, la creencia de que lo que no se ve, no existe, no siempre resulta verdadera).

La eliminación de las diferencias presenta varios aspectos, pero vale la pena destacar dos de ellos. En primer lugar, está involucrado un planteamiento relativo a la dignidad del ser humano, al derecho que tienen los hombres a existir, a tener libertad de expresión del pensamiento, a ser tratados como iguales. Desde el punto de vista de los principios, no es lícito acabar con las diferencias que los hombres tengan y quieran tener entre ellos. Pero hay otro aspecto igualmente importante. A la humanidad no le conviene destruir todas las diferencias entre las personas, porque ellas pueden ser notablemente enriquecedoras para la sociedad. Se puede aprender mucho, incluso de la propia posición, conociendo opciones diferentes. El desarrollo humano puede resultar mucho más pleno, si no existe uniformidad. Así como la extinción de especies, de la fauna o de la flora, resulta no sólo lamentable, sino que puede llegar a ser catastrófica para el equilibrio ecológico, de igual manera la lucha contra grupos humanos diversos empobrece a la humanidad y puede traer consecuencias negativas, incluso desconocidas.

[11] Antonio López Ortega, *Intelectualidad y líneas divisorias*, en *El Nacional*, 8.2.05, p. A 6.

De modo que para emprender la cruzada de la tolerancia es necesario ante todo dejar sentadas algunas premisas. 1) Que se consideren bienes dignos de ser preservados: la vida humana, la igualdad de derechos entre los hombres, la coexistencia pacífica y la diversidad de creencias y de condiciones. Si éstos se consideran bienes que hay que proteger, debe comenzarse por educar en esta convicción. 2) Luego hace falta precisar los motivos de intolerancia: inseguridad, sadismo o fanatismo. Frente a la inseguridad o el sadismo, hay que plantearse los retos de una educación para una personalidad equilibrada, gracias a una socialización bien lograda; una educación para la aceptación de las limitaciones de las propias exigencias, en beneficio del interés colectivo. Pero no sólo es un problema de educación, sino también de lograr un mínimo de bienestar social, un mínimo de igualdad en la satisfacción de las necesidades de los individuos.

Frente al fanatismo, hace falta cierta reflexión. Dice Fetscher "El fanatismo es condición para una conducta extremadamente intolerante. Representa una total ceguera ante el derecho del 'otro' y rechaza cualquier objeción crítica".[12] El problema del fanático es que está obnubilado por "la verdad". Mientras no se abra una mínima grieta en esa posición, se hace difícil encontrar una razón para la tolerancia. Leiser Madanes lo explica:

> Si no existe tal cosa como "la verdad", o si no sabemos si la hemos alcanzado, se concluye entonces que cualquier opinión es tan admisible como cualquier otra. Pero si creemos honestamente que existe, si no 'la verdad', al menos verdades parciales, o teorías que pueden ser aún sostenidas y otras que deben ser descartadas, ¿por qué admitir que se propaguen mentiras y que se enseñen falsedades?[13]

El problema del fanatismo tiene, pues, que ver con la certeza del conocimiento. Y si se trata de los grupos dominantes en una colectividad, el tema se torna preocupante. "Los miembros de las agrupaciones mayoritarias no pueden tener 'la absoluta certeza' de que sus decisiones son las más correctas",[14] de modo que es útil examinar las posiciones frente a la verdad, en la esfera de la tolerancia, como hace Salvador Giner. En esta materia, el autor distingue tres grupos de personas: los integristas o fundamentalistas, los relativistas y una postura un tanto ecléctica. Para los fundamentalistas la verdad es evidente,

[12] *La tolerancia*, *Ed. Cit.*, p. 150.
[13] Leiser Madanes, *Tolerancia, prudencia y búsqueda de la verdad*, en *Tolerancia o barbarie*, Manuel Cruz (comp.), Gedisa editorial, Barcelona, España, 1998, p. 40.
[14] Fetscher, *Ob. Cit.*, p. 138.

indudable y fácilmente accesible. "La verdad la tengo yo, o mi tribu, o la expone algún sumo sacerdote, o mi partido, o la ciencia según la explican sus profesionales".[15] En cuanto al relativismo, a pesar de que el autor tiende a rechazarlo y a defender la existencia de la verdad, sin embargo acepta que esta actitud "posee algunas afinidades descollantes con la tolerancia auténtica. Por lo menos deja vivir a los demás". Él prefiere una tercera posición, intermedia, que parte de la existencia de una verdad, de que las verdades "valen en todo tiempo y en todas partes", pero considera que "nadie va a tener toda la verdad, lo cual obliga ineluctablemente a la aceptación del diálogo, de la crítica correctora y el cultivo de la tolerancia con los demás caminantes".[16]

Si se quiere enfrentar el fanatismo, hay que pensar mucho sobre el tema de la verdad. Quizás en nuestra época se está abriendo camino una posición crítica, que amplía los horizontes del conocimiento y de la conducta. No es irrelevante para el tema que Popper haya reemplazado, para la ciencia, la pretensión de verificar, de hacer verdaderas las proposiciones, por el requisito de falsabilidad.[17] Vale la pena recordar las hermosas palabras de Humberto Eco, mediante las cuales alerta sobre el peligro del fanatismo por la verdad:

> El diablo es la arrogancia del espíritu, la fe sin sonrisa, la verdad jamás tocada por la duda [...] Huye, Adso, de los profetas y de los que están dispuestos a morir por la verdad, porque suelen provocar también la muerte de muchos otros, a menudo antes que la propia, y a veces en lugar de la propia [...] La única verdad consiste en aprender a liberarnos de la insana pasión por la verdad.[18]

2. ¿QUÉ ES LA TOLERANCIA?

Las diferencias o desigualdades entre los hombres y la actitud que se asuma ante ellas, son presupuestos de las ideas de tolerancia e intolerancia. Hay que tener presente que tanto los gobernantes como los ciudadanos pueden proceder de manera tolerante o intolerante. En sus primeras etapas históricas, la tolerancia está vinculada a la actuación del gobierno y a la idea de permitir algo que antes no se tenía por lícito. Así, Constantino suspende la persecución de

---

[15] Salvador Giner, *Verdad, tolerancia y virtud republicana*, en *Tolerancia o barbarie*, *Ed. Cit.*, p. 134.
[16] Giner, *Ob. Cit.*, p. 136.
[17] Karl R. Popper, *La lógica de la investigación científica*, editorial Tecnos, Madrid, 1980, p. 39 y ss.
[18] *El nombre de la rosa*, Editorial Lumen, Barcelona, España, 1983, , pp. 578 y 595.

los cristianos, que había llevado adelante su antecesor Dioclesiano, con el famoso edicto de Milán:

> Hemos resuelto acordar a los cristianos y a todos los demás la libertad de practicar la religión que prefieran, a fin de que la divinidad que reside en el cielo, sea propicia y favorable, tanto a nosotros como a los que viven bajo nuestro dominio.[19]

Esto significa que el Emperador es quien concede, quien resuelve otorgar una libertad a sus súbditos, y lo hace para que la divinidad sea propicia y favorable. No se trata de un derecho que tienen las personas y que se les respeta, se trata de una gracia del Soberano. Quizás por esta acepción, Walzer destaca que "se dice con frecuencia que la tolerancia es siempre una relación de desigualdad, en la cual a los grupos o individuos tolerados se les asigna una posición inferior". Sin embargo, el mismo autor advierte de los peligros de la ambigüedad en este terreno: "A veces la tolerancia funciona mejor cuando las relaciones de superioridad e inferioridad política están claramente delimitadas".[20]

Pero la aspiración de tolerancia ha evolucionado. El objetivo a conseguir, según algunos, debería ser "algo que vaya más allá de la tolerancia, algo similar al respeto mutuo".[21] De hecho, la acepción de tolerancia más frecuente ahora, se dirige hacia el sentido de reconocimiento de la legitimidad de las peculiaridades ajenas, de lo que es diferente. ¿Qué implica este reconocimiento? Iring Fetscher precisa que "reconocimiento no significa adopción del credo, de la forma de vida o de la peculiaridad cultural del otro, sino sólo el respeto hacia ellos con igualdad de derechos".[22] El reconocimiento de la legitimidad de lo diferente implica entonces no sólo igualdad de derechos, sino también equiparación en cuanto a respeto y consideración de las creencias y prácticas de los otros, diferentes a las propias. El respeto debe provenir de las leyes, del gobierno y de los ciudadanos.[23] Esta forma de tolerancia es la que hace posible "la coexistencia pacífica de grupos humanos con diferentes historias, culturas e identidades".[24]

---

[19] Cita de Secco y Baridón, *Historia Universal*, Tomo III, p. 263.
[20] Walzer, *Ob. Cit.*, p. 65.
[21] Walzer, *Ob. Cit.* p. 65.
[22] Fetscher, *Ob. Cit.*, pp. 19-20.
[23] Fetscher, *Ob. Cit.*, p. 25.
[24] Walzer, *Ob. Cit.*, p. 16.

Es importante destacar que la noción de tolerancia tiene sus límites. No exige soportar situaciones indignas, dominio inhumano y despectivo, no exige callar ante injusticias, o admitir algo en contra de la dignidad humana. De modo que las creencias y las prácticas que van a ser toleradas, es decir, respetadas y consideradas, deben reunir ciertos requisitos: no deben ser contrarias a las normas jurídicas, no deben ofender la dignidad humana, no deben desconocer el respeto y el decoro que se merecen las personas. Los casos, por ejemplo, de comunidades que tienen por costumbre practicar la ablación del clítoris de las niñas, o apedrear hasta la muerte a alguna persona por adulterio u otra causa, no constituyen prácticas que deban ser toleradas en un país, porque constituyen delitos y atropellos a la dignidad del ser humano. El límite está fijado, entonces, por ciertas normas, que no deben ser transgredidas por las creencias y prácticas toleradas.

Si regresamos al caso de la "ley del velo", habría que preguntarse si la práctica de usar determinados signos religiosos exteriores constituye un atentado a las normas penales, a la dignidad humana, o al respeto que se merecen las personas. Si concluimos, como parece razonable, que no es el caso, ninguna legislación, ninguna autoridad, ningún ciudadano, debería oponerse a esa práctica, porque se trata de creencias y costumbres islámicas, judías o católicas, que manifiestan las diferencias que es saludable respetar, porque constituyen un bien digno de ser preservado; y porque no ha transgredido los límites establecidos para la tolerancia. Esta "ley del velo" puede considerarse un caso de intolerancia; con palabras de Welzer, es el esfuerzo para integrar sin incorporar las diferencias.[25]

Otro límite para la tolerancia, que presenta dificultades, es el caso de la libertad para los enemigos de la libertad. En principio pareciera razonable negar libertad de acción a los intolerantes, para proteger la tolerancia; pero resulta difícil establecer quién determina cuáles son los enemigos de la libertad. Fetscher propone la mínima limitación de las libertades de los intolerantes: sólo la necesaria para preservar la seguridad física de los demás.[26]

3. EL TEMA DE LOS VALORES

Abordados los orígenes de la intolerancia y los presupuestos y límites de la tolerancia, es conveniente ahora hacer pie en el terreno jurídico, para llevar a la práctica estas ideas.

[25] Welzer, *Ob. Cit.*, p. 95.
[26] Fetscher, *Ob. Cit.*, pp. 130-136.

El Derecho se dirige siempre a realizar ciertos valores. Así, pues, el tema de los fines del Derecho es inseparable del planteamiento axiológico. Toda norma jurídica encierra un valor y el sistema jurídico en su conjunto se orienta a la obtención de ciertas metas, que el género humano considera deseables, valiosas en definitiva. Pero los juristas tienen aquí discrepancias: unos creen en el carácter absoluto e inmutable de esos fines, que consideran conformes a la naturaleza humana; otros afirman su condición relativa al tiempo y el espacio, dependiente de las normas positivas que dictan los órganos competentes.

La tolerancia es un valor que no siempre han consagrado las normas jurídicas y que tiene como presupuesto otra serie de valores, como la igualdad de derechos entre los hombres, la libertad de expresión del pensamiento, etc., que no han contado con aceptación unánime a través del tiempo. También la tolerancia puede entrar en conflicto con otro valor, como es la creencia en la verdad y en la necesidad de luchar por imponerla a todos los hombres. Para poder tomar partido entre la tolerancia y la verdad, o para incluir la tolerancia entre los fines del Derecho, hace falta detenerse a considerar la relación de la verdad con la teoría del conocimiento, lo que son los valores en general y la naturaleza de los mismos. El establecimiento de bases sólidas ayuda a lograr una construcción más duradera. De modo que es necesario considerar el tema de los valores.

4. TEORÍAS SOBRE LOS VALORES

Quizás el adagio latino *de gustibus non disputandum* sirve para sugerir lo polémico que resulta el terreno de los valores. De hecho, no hay manera de aproximarse a ellos sino desde una de dos riberas: las escuelas objetivistas o las subjetivistas. Es decir, o se cree que los valores existen con independencia del sujeto que valora, o se los vincula definitivamente a él.

Para un objetivista como Max Scheler, por ejemplo, según afirma en su *Ética,*[27] los valores son cualidades que resultan independientes tanto de las cosas en las que se dan los valores, o a las que se refieren los valores, como de los sujetos que reaccionan en relación con ellos. De modo que para él, aunque una conducta nunca hubiera sido considerada reprobable por persona alguna, de todas formas esa conducta podría ser reprobable, independientemente de su captación. Desde luego, es inevitable preguntarse ¿para quién sería reprobable? ¿Quién la reprobaría? Parece que no es relevante para Scheller, o tal vez piense que es reprobada por Dios.

[27] Revista de Occidente, Madrid, 1941.

Como consecuencia de este ser independiente de los valores, ellos no varían con las cosas o con las personas. Son inmutables, no cambian; y son absolutos, ya que no están condicionados por nada. Si se piensa que un valor como la justicia, por ejemplo, ha sido entendido de manera diferente en la polis griega y en el Estado liberal burgués, la idea de Scheler es que lo relativo es el conocimiento que tienen las personas de ese valor. ¿Cómo sabrá alguien, en algún momento, si ha logrado el conocimiento verdadero del valor en sí? Tal vez Dios lo sepa.

De modo que los valores son cualidades *a priori*, pero no son estructuras formales sino materiales; a pesar de lo cual, su validez no es empírica, sino absoluta. El autor cree que hay un infinito número de valores que nadie ha podido captar, ni sentir, pero está seguro de que hay esos valores, aunque no se sepa cómo está seguro.

¿Cuál será el modo de conocimiento que permite conocer en sí los valores y conocer que hay valores que no se han conocido? Parece que se trata de una intuición básica de Scheler. Lo importante sería que las demás personas pudieran obtener iguales resultados a través de las respectivas intuiciones, pero no hay indicios de esto. ¿Y qué sucede si hay discrepancias en las intuiciones? ¿No se justificaría un cierto escepticismo? Según Scheler, el escepticismo es expresión de debilidad e incapacidad en el terreno ético.

Los valores, piensa, no son objetos empíricos, ni tampoco ideales. Son inaccesibles a la razón y se captan a través de los sentimientos. La esencia de los valores se puede aprehender a través de una intuición emocional. Ahora bien, si se accede a los valores a través de los sentimientos, será necesario señalar luego cómo se rompe con la dependencia empírica y cómo los valores adquieren las características de inmutables y absolutos.

Esta postura objetivista de Scheler, según Frondizi, debe mucho a las *Investigaciones lógicas* de Husserl, con las cuales "se iniciaba la nueva era de la verdad absoluta donde los relativismos no tenían cabida". Luego trae a colación unas palabras de Ortega y Gasset, muy expresivas de esta actitud: "La Estimativa o ciencia de los valores será asimismo un sistema de verdades evidentes e invariables, de tipo parejo a la matemática", por lo cual Frondizi llega a hablar sobre "el dogmatismo que resuelve los problemas con afirmaciones enfáticas".[28]

[28] *¿Qué son los valores?* FCE, México, 1958, pp. 57-59.

En otra perspectiva, y con antecedentes desde el siglo XVII, han florecido actitudes subjetivistas en relación con los valores. Para esta posición, los valores son considerados como una relación entre el sujeto y el objeto, sobre la base del agrado, del placer o del dolor, del deseo, o del interés que experimenta el sujeto. Hay cierta polémica en cuanto al elemento clave que aporta el sujeto y los matices de estos elementos, como la distinción entre intereses buenos y malos, entre lo mejor y lo peor, etc. Varios de estos filósofos destacan el hecho de que los juicios de valor no pueden ser ni verdaderos ni falsos, porque no afirman algo con contenido empírico, sino que expresan una emoción, un sentimiento del que formula el juicio, una actitud hacia algo, con la pretensión de influir en otras personas.

En el caso de Bertrand Russell, el estudio normativista del mundo de los valores queda claramente excluido del ámbito científico: "La ética se diferencia de la ciencia en que sus datos fundamentales son los sentimientos y emociones, no las percepciones".[29] Para él resulta muy claro, igual que para Hume, que no es la razón la que opera como causa de la conducta libre. "Los deseos, las emociones, las pasiones (se puede elegir la palabra que se desee) son las únicas causas posibles de la acción".[30] Y después de esta causa empírica, la ética trata de transformar los deseos individuales, dándoles un alcance universal. En otras palabras, una proposición de contenido valorativo expresa un sentimiento de quien la enuncia, pero ese sentimiento consiste en un deseo de que sea universal esa emoción o esa actitud. Según Russell, ese deseo de universalidad es lo que induce a algunos a confusión, creando la impresión de que el valor tiene un carácter objetivo. Pero agrega que no hay forma de demostrar que el valor esté en el objeto.

La adopción de este criterio subjetivista implica la idea de que puede haber diferencias en los juicios valorativos de las personas; lo que para unos está prohibido, para otros puede no estarlo. A lo sumo, puede haber coincidencias en una sociedad sobre lo que es bueno o malo, pero no hay criterios absolutos para decidir si algo es justo o injusto, moral o inmoral, hermoso o feo.

5. CRÍTICAS Y CONFUSIONES DE FRONDIZI SOBRE LOS VALORES

Dado el prestigio de Frondizi en la materia, vale la pena hacer algunos comentarios de su obra que, por lo demás, servirán para aclarar un poco las cosas. En su

[29] *Sociedad humana: ética y política,* Cátedra, Madrid, 1993, p. 25.
[30] *Ob. Cit.*, p. 10.

muy conocido trabajo sobre los valores,[31] critica tanto las teorías objetivistas como las subjetivistas, sosteniendo que ambas incurren en exageraciones, como si lo razonable fuera una posición moderada, que tomara algo de cada una de las dos posiciones. El problema es que cada una de ellas excluye a la otra.

Él censura el objetivismo de Scheler, porque postula la existencia de valores independientes de los bienes, absolutos e inmutables; lo califica de error, bien por tratarse de "algo que la realidad no confirma", o bien por mantenerse en el campo estéril de las tautologías.[32] La raíz de esta crítica descansa, tal vez, en una falta de precisión en la naturaleza de los valores y su tratamiento. Desde luego que es posible ubicar a los valores en el mundo de la experiencia y estudiarlos y comprobarlos de manera empírica; es lo que haría un sociólogo. Como dice Russell: "La ciencia puede examinar las causas de los deseos y los medios de realizarlos, pero no puede contener ninguna sentencia ética genuina, porque se ocupa de lo que es verdadero o falso".[33] Es decir que, considerados desde el punto de vista de la ciencia, los valores son fenómenos sociales, tratados como tales y ubicados en el mundo del ser. Pero el detalle es que a Scheler no es esto lo que le interesa; y lo más curioso es que a Frondizi tampoco. Y por cierto, la afirmación de que los valores están incorporados en bienes, es una creencia que Frondizi no comprueba.

Critica también a un subjetivista como Russell, porque éste, en alguna oportunidad, habla de injusticias o indignidades. Le parece que no tiene derecho a hacerlo, en vista de su creencia de que los valores son subjetivos. Lo acusa de renunciar a la coherencia lógica: "Toda la contradicción radica en que Russell, en tanto hombre, tiene la convicción de que existen la justicia, la decencia y la moralidad y esta convicción es la que le obliga a rebelarse contra la injusticia, la indecencia y la indignidad de ciertos espectáculos".[34] Para Frondizi, los valores no pueden derivar de circunstancias témporo-espaciales, sino que está seguro "de que existen la justicia, la decencia y la moralidad", como criterios absolutos e inmutables, en comparación con los cuales es posible criticar una conducta y "rebelarse contra la injusticia, la indecencia y la indignidad de ciertos espectáculos". Sin duda, esa manera rebelde de considerar las cosas no es un análisis propio de un científico. Frondizi apela

[31] Risieri Frondizi, *¿Qué son los valores?*, FCE, México, 1958.
[32] Frondizi, *Ob. Cit.*, p. 179.
[33] Citado por Leon Dujovne, *Teoría de los valores y filosofía de la historia*, Paidós, Buenos Aires, 1959, p. 56.
[34] Frondizi, *Ob. Cit.*, pp. 175-176.

a la convicción que Russell tiene como hombre, lo cual en realidad quiere decir que está hablando de Russell como sujeto moral y no como sujeto cognoscente. Es necesario distinguir el reino de lo que debe ser, donde actúan los sujetos morales, de la esfera de lo que es, propia del conocimiento.

Estas críticas muestran una confusión grande en Frondizi, porque primero afirma que "las proposiciones filosóficas son metaempíricas y trascienden, por lo tanto, a la experiencia inmediata" y agrega: "La ética no aspira a señalar cómo se comporta el hombre, individual o colectivamente, sino cómo *debe* comportarse". Cuando parece que todo está claro, señala más adelante: "La experiencia no queda excluida, pues, del campo de la ética y la teoría de los valores. La ética aspira a regular la *conducta* del hombre, que es un hecho empírico, y la axiología se refiere a valores incorporados en *bienes*, que también son hechos empíricos".[35] Este autor debería haberse preguntado cómo es que la realidad confirma, por ejemplo, que "debe ser el respeto a la propiedad privada". La realidad lo que puede confirmar es que en una sociedad, en un momento dado, existe el respeto a la propiedad privada; lo cual es muy diferente a decir que debe existir ese respeto. Russell distingue esto muy claramente:

> La ética se diferencia de la ciencia en que sus datos fundamentales son los sentimientos y emociones, no las percepciones. Esto hay que entenderlo en sentido estricto, es decir, que los datos son los sentimientos y las emociones mismas, no el hecho de poseerlos. El hecho de poseerlos es un hecho científico como cualquier otro, y nos damos cuenta de ello por percepción, del modo científico habitual. Pero un juicio ético no constata un hecho.[36]

Mientras no se distingan los dos planos, será muy difícil disipar las confusiones. Es necesario, pues, aclarar si se va a hablar de los valores en el plano empírico o en el moral. El tratamiento será muy distinto en cada caso.

Ahora, ¿cómo se llega hasta el plano de lo que debe ser? El punto de partida se encuentra en el plano del ser, consiste en una actitud hacia algo, por cierta conveniencia, por algún interés. En vista de la sociabilidad del hombre y de la interacción con sus semejantes, él tiene el deseo de que todos los demás hombres piensen de la misma forma, ante las mismas cosas o situaciones. Según Hobbes, en la naturaleza del hombre hay causas de discordia que lo llevan a hacer uso de la violencia y tratar de dominar a los semejantes, para lograr un beneficio, seguridad o reputación. En cambio según Russell y Hume, el deseo

[35] *Ob. Cit.*, p. 151.
[36] *Ob. Cit.*, p. 25.

de ser bueno significa el deseo de ser aprobado. Sea para imponerse, sea para lograr aprobación, o para ordenar conductas y conseguir gobernar una comunidad política, ¿cómo lograr que todos piensen igual? Aquí es donde entran en juego los valores. Es necesario proponer o imponer un modelo de conducta, que se considere lo deseable, lo conveniente, en suma, lo valioso, y que todos respeten. Es entonces cuando se pasa del plano empírico al del deber ser, y se dice: esto es lo justo, esto es lo bueno, esto es lo decente y todos deben considerarlo de este modo. Cuando se da el paso de "lo que nos conviene" a "lo que es justo", se eliminan los condicionantes témporo-espaciales o particulares y se pasa a un plano absoluto, de afirmaciones no discutibles. Dujovne, resumiendo el pensamiento de Russell sobre este punto dice: "Así, la ética, estrechamente relacionada con la política, es un ensayo de imponer los deseos colectivos de un grupo, a los individuos o, también, es el intento de un individuo para hacer que sus deseos se conviertan en los de un grupo".[37]

En esta óptica, la realidad debiera ajustarse al modelo propuesto, pero podría no hacerlo; porque una cosa es la realidad y otra el modelo debido. Y es en el modelo propuesto por una norma donde está implícito el valor. Vistas así las cosas ¿cómo puede la realidad confirmar el valor? Desde el punto de vista axiológico el valor no está en la realidad, es un modelo para la realidad. En cambio para la sociología, sí está en la realidad, pero no es lo que interesa al análisis valorativo. El intento de un sociólogo por explicar un valor, según Raymond Bayer, "es fundamentalmente suprimirlo como tal, es precisamente tratarlo como realidad".[38]

La diferencia de enfoque usado en cada caso, es lo que puede hacer compatibles la afirmación de que el mundo valorativo está excluido del ámbito científico, porque no forma parte de la realidad empírica, y al mismo tiempo que quien diga tal cosa se pronuncie sobre la justicia o la decencia de una conducta. No hay problemas de coherencia lógica si se tiene en cuenta en qué sentido se habla, en uno y otro caso. Incoherencia es pretender que la realidad confirme lo que no forma parte de la realidad, como le pide Frondizi a Russell.

Imponer un criterio sobre lo que es justo y decente, regular la conducta del hombre, presupone considerar esa conducta como libre, lo cual no es demostrable en los hechos. Por el contrario, el análisis empírico de la conducta nos la muestra causada o condicionada o influida por una serie de variables de la realidad, que la configuran justamente como todo lo contrario a una conducta libre.

---

[37] *Ob. Cit.*, p. 56.
[38] Citado por Duyovne, *Ob. Cit.*, p. 17.

También critica Frondizi las tesis subjetivistas que hacen descansar el valor en el placer, el deseo o el interés. Una de las críticas señala que, para ser válidas, tendría que haber una equivalencia total entre la clase de los placeres, deseos o intereses, y la clase de los valores. Le basta, como argumento, señalar que hay placeres que no son valiosos y valores que no son placenteros, y lo mismo con los deseos y los intereses. La observación es válida si se reduce la explicación del valor al placer, el deseo o el interés; porque la idea del valor, como ya se señaló, es un poco más compleja.

Curiosamente, para tratar de defender una explicación objetivista del valor, Frondizi termina por argumentar a favor del subjetivismo. Apela al ejemplo de la propaganda comercial, que trata de despertar interés en algo que es menos valioso de lo que se pretende, y concluye que el valor del objeto no se altera; con esto puede afirmar que el valor, o la falta de valor, está en el objeto y no en el interés del sujeto. Entonces continúa con el ejemplo de la propaganda, hablando de un vendedor que logra despertar el interés de un esquimal, para que compre una nevera, y deduce que la propaganda no le confiere valor a un objeto inútil para un esquimal. Pero el hecho de que la nevera sea inútil para el esquimal, no demuestra que el valor, o la falta de valor, está en la nevera, sino en el interés del sujeto por el objeto. Se pregunta luego Frondizi si el interés puede convertir en bella una mujer fea, para criticar la capacidad del interés en conferir valor a un objeto que no lo tiene. Cabe observar que si hubiera una única noción objetiva de lo bello, sólo algunas mujeres se ajustarían al patrón y sería incomprensible cómo las mujeres consideradas feas en una época o en una cultura, puedan pasar a ser beldades en otra. Con motivo de la aparición de su obra *Historia de la belleza*, Humberto Eco fue entrevistado. Le pregunta el periodista: "Y la belleza, ¿sabemos en qué consiste?", y responde Eco:

> La belleza, como la fealdad, es siempre algo relativo. Si mi libro llega a alguna conclusión, es que esos conceptos dependen de la época en que nos encontramos. Si Rubens hubiese podido ver un cuadro de Picasso, por supuesto que lo habría encontrado horroroso.[39]

Como crítica a las teorías subjetivistas, Frondizi no deja de preguntarse: ¿el placer de quién, el deseo de quién, el interés de quién otorga valor a un objeto? Entonces anticipa los conflictos que pueden suscitarse entre diferentes placeres, deseos e intereses. Recorre las propuestas de solución para estos conflictos, descartándolas, y concluye que todo se debe al afán de reducir el valor al

[39] Entrevista en *El Semanal*, Madrid, reproducida por *El Nacional*, 10-01-05, p. B 8.

interés. En este sentido debe observarse que si no hubiera conflictos de intereses, resultaría ocioso el establecimiento de normas, a manera de reglas de juego, aceptadas por todos, para dirimir los conflictos. Es este el sentido que tiene el sistema jurídico de un país.

Para excluir las emociones como respuesta al tema de los valores, Frondizi propone el siguiente razonamiento: si se tienen varias alternativas de conductas en un caso determinado, por ejemplo la propuesta por el imperativo categórico kantiano y la que se conforma con los diez mandamientos, y la decisión favorece al imperativo kantiano, cuando se dice "la alternativa *a* es la correcta", el autor supone que no se expresa ninguna emoción, sino el resultado de una deliberación racional. Pero lo que él no se da cuenta es de que al decir "la alternativa *a* es la correcta", se dice "la alternativa *a* representa lo bueno, lo justo, lo decente". Y aquí viene el problema: ¿Cómo demostrar que *b* no es justo ni decente? Cualquier razonamiento que se haga llega a un punto en que se parte de una proposición, con preferencia a otra, sin poder demostrar la racionalidad de la escogencia. Por ejemplo, ¿se deben intervenir los latifundios, o se debe respetar la propiedad privada? ¿Qué método de verificación usaremos para escoger la proposición "correcta"? ¿Cuál será nuestro criterio de demarcación? ¿Qué es más racional, proteger el interés colectivo o el interés individual? Tanto el capitalismo como el marxismo han prometido la mayor felicidad para el hombre y sobran los ejemplos de la experiencia que muestran que ambos sistemas han fallado en el intento. Siempre será posible encontrar personas que prefieran un sistema en vez del otro. ¿Se puede hablar de error en alguno de los casos? ¿Cuál será el criterio de universal aceptación, para dirimir el asunto?

Hacer intervenir los gustos o preferencias en materia de valores, hace pensar a algunos que esto tiene como consecuencia la imposibilidad en que se encuentra esa persona de criticar a otros, por tener preferencias que considera indebidas, incorrectas o indecentes. Ésta se suele considerar la crítica más fuerte al subjetivismo. En realidad no se demuestra por qué no pueden convivir varios sistemas de valores y por qué alguien no puede criticar a las personas que no comparten su preferencia. Las críticas pueden ser consideradas como un intento de convencer a los otros, del personal punto de vista. Puede una persona, o un grupo de personas, tener su propia noción de justicia y, al mismo tiempo, tener el derecho de tratar de convencer a los demás y de criticarlos a partir de su preferencia. ¿Por qué tiene que haber un pensamiento único? El problema real es encontrar mecanismos sociales de convivencia, con el debido respeto a las opiniones minoritarias, por ejemplo. Valdría la pena intentar conseguir la unidad en la sociedad, junto con la diversidad. Aquí entra en juego la tolerancia.

6. TEORÍAS DE LOS VALORES Y TEORÍA DEL CONOCIMIENTO

¿Cómo se conocen los valores? El tema del conocimiento de un objeto es inseparable del que se refiere al ser del objeto, al menos para cierta perspectiva del conocimiento. Tal vez el realismo y el idealismo gnoseológicos estén en el trasfondo de las teorías objetivistas y subjetivistas de los valores.

Para Scheler y Hartmann la intuición emocional es el camino para llegar a los valores. Ya se han señalado los problemas que pueden presentarse: ¿Qué sucede cuando no coinciden las intuiciones de distintas personas, o incluso las de una misma persona? ¿Deberá limitarse el conocimiento de los valores a meras tautologías?

Los realistas gnoseológicos parten del axioma de que las cosas existen y las conocemos tal cual como son, al menos en casi todas sus cualidades. Por el contrario, para el idealismo el objeto del conocimiento no es independiente de la conciencia, es producido por el pensamiento. El idealismo kantiano precisa que no podemos conocer las cosas en sí mismas, el conocimiento se reduce al mundo fenoménico, a la experiencia; tal conocimiento supone una ordenación del material sensible, de acuerdo con las formas *a priori* del sujeto. Para esta última teoría, entonces, sólo puede conocerse dentro de los límites de tiempo y espacio.

Para las teorías objetivistas, los valores tienen una existencia independiente no sólo del sujeto que conoce, sino incluso de los objetos a los que se refieren los valores. Como quiera que en el caso de Scheler los valores no son objetos empíricos, ni ideales, pero existen, incluso aunque nadie los haya conocido nunca, hay que suponer la existencia de un mundo no empírico, en el cual habitan los valores y al cual el hombre accede a través de intuiciones emocionales. Esta tesis está relacionada con el axioma realista, de que existen cosas independientes de la conciencia. El realismo no tiene duda de que las cosas son cognoscibles tal como son. Los objetos son dados al sujeto. También los valores existen y son conocidos. En todos los casos, lo determinante es el objeto; esta posición no concede papel predominante al sujeto y no se plantea el conocimiento y la valoración como problema, o como relación compleja. El conocimiento está regulado por los objetos. Tampoco encuentra dificultad en afirmar verdades absolutas, universalmente válidas. Infiere, como consecuencia lógica de sus axiomas, que el conocimiento coincide con los objetos y en esto consiste la verdad. De modo que el realismo no duda de que los objetos existen; de que son cognoscibles en sí mismos; de que, por tanto, el conoci-

miento existe; y de que existe la verdad del conocimiento, como coincidencia del pensamiento con el objeto.

Para las teorías subjetivistas, en cambio, el papel del sujeto es determinante en la configuración del valor, lo cual tiende un puente con el idealismo, para el cual el objeto del conocimiento es producido por el pensamiento. En cuanto a la verdad, comienza ésta a tener una validez limitada; el sujeto cognoscente limita la validez de la verdad. De lo que se trata ahora es de producir correctamente el objeto del conocimiento; el pensamiento debe concordar con sus propias leyes. Si no se sabe lo que son las cosas en sí mismas, ¿cómo podría decirse que un pensamiento concuerda con esas cosas y que por tanto es verdadero?

Cuando el idealismo habla del objeto, no se refiere a algo que es en sí mismo, sino en cuanto es objeto de un sujeto. Para que algo sea objeto del conocimiento, tienen que darse ciertas condiciones en el sujeto: las condiciones trascendentales de la objetividad. Las condiciones del conocimiento son al mismo tiempo las condiciones de la objetividad. Los objetos están regulados por el conocimiento. El sujeto aporta el Tiempo y el Espacio al objeto; no podemos hablar de las cosas fuera del Tiempo y del Espacio. ¿Cómo es posible, entonces, la conciencia moral, los principios para la acción?

Kant distingue entre fenómenos y cosas en sí mismas. Y considera que no puede pedirse que las leyes a que están sometidos los fenómenos sean iguales a las leyes de las cosas en sí. La libertad no puede exponerse en ninguna experiencia posible; por tanto, no puede conocerse. Es sólo una suposición de la razón. La razón tiene que servirse de principios que no alcanzan sino a los objetos de la experiencia y transforman todo en fenómeno, aun lo que no puede ser objeto de experiencia; luego, no pueden aplicarse legítimamente estos principios a la moralidad. Para acceder a ella, Kant fue muy claro en el camino a seguir: "Me ha sido, pues, preciso, suprimir el *saber* para dar lugar a la *creencia"*.[40]

7. NATURALEZA DE LOS VALORES. ESCOLLOS PARA AFTALIÓN Y COMPAÑÍA

Después de las reflexiones gnoseológicas, debemos abordar el problema de la naturaleza de los valores. Hemos visto que los valores son entendidos bien como cualidades con existencia independiente de los objetos y los sujetos, bien como relativos a emociones, o actitudes del sujeto, en torno a alguna

[40] *Crítica de la Razón Pura,* Losada, Buenos Aires, 1967, p. 140.

cosa. Queda por precisar la región ontológica de los valores en ambos casos. Puesto que el tema de la axiología es importante para los juristas, resulta útil explorar la exposición del punto, en uno de los textos emblemáticos para estudiar la teoría general del Derecho.

En la *Introducción al Derecho* de Aftalión, García Olano y Vilanova,[41] siguiendo el planteamiento de Cossio, se habla de cuatro tipos de objetos: ideales, naturales, culturales y metafísicos. No hay mucho que observar con relación a los objetos ideales y naturales, pero sí con relación a los culturales y metafísicos.

Se afirma, en primer lugar, que los objetos culturales, así como los naturales, "pertenecen al orbe de la realidad"; ellos dicen que los culturales se refieren a todo lo que el hombre crea o modifica con su acción y también a la actividad humana. Señalan expresamente que los objetos culturales son reales, están en la experiencia, son valiosos positiva o negativamente y están formados por dos elementos: un sustrato material y un sentido espiritual, el lienzo del cuadro y la opinión de que el cuadro es bello. Estos objetos culturales, según los autores, abarcan dos especies: en primer lugar, los productos de la actividad humana, cuyo sentido encuentra apoyo en el sustrato material; y en segundo lugar, el comportamiento de los hombres que no cristaliza en un trozo de materia, "sino que tiene por soporte al hombre plenario mismo, a esa persona dotada de libertad que es protagonista de la historia". El hombre pertenece al reino de la naturaleza por su ser corporal. "Pero tan pronto como consideramos su conducta o comportamiento como sustrato de libertad o como algo dotado de sentido, entramos en el orbe de la cultura".

La segunda especie de objetos culturales consiste, entonces, en la conducta libre del hombre. Aquí surge un escollo ontológico. Cuando la obra menciona los objetos metafísicos, cita como tales a Dios, el alma inmortal y la libertad del querer; y señala entre sus caracteres, el no estar en la experiencia. "Como no es posible hacer comparecer de presencia uno de estos llamados 'objetos metafísicos'", los autores, advirtiendo que se apartan del criterio de Cossio, afirman de estos objetos "que ellos no constituyen objetos (de conocimiento) y que no deberían figurar en el cuadro de las ontologías regionales". Entonces, si la libertad del querer es uno de los objetos metafísicos, y como tal no está en la experiencia, ¿cómo puede ser una de las especies del objeto cultural y pertenecer "al orbe de la realidad"? La conducta libre del hombre, o es un objeto cultural y está en la realidad, o es un objeto metafísico y no está en la experiencia.

[41] Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1980, pp. 19-25.

Aristóteles tenía claro el problema cuando distinguía entre dos tipos de conductas humanas: el hacer y el obrar. "Son de género distinto el obrar y el hacer. Y lo son porque en tanto que el hacer tiene otro fin distinto de la misma operación, el obrar no lo tiene, ya que la misma buena acción es su fin".[42] La conducta encaminada a construir un barco, o a pintar un cuadro, es hacer humano y es una conducta que se rige por la técnica. En cambio, el obrar humano es aquella conducta que siendo "sustrato de libertad", en la terminología de Aftalión y compañía, cae bajo la regulación de la ética en sentido amplio. En otros términos, la libertad del querer constituye un presupuesto necesario para el establecimiento de normas. ¿Qué sentido tendría dictar normas a un ser que no es considerado libre?

Según Kant, la libertad no puede exponerse en ninguna experiencia posible y por tanto no puede conocerse. Luego, para acceder a la moralidad, él señala: "Me ha sido, pues, preciso suprimir el *saber* para dar lugar a la *creencia*".[43]

De modo que para Aristóteles y para Kant, el escollo ontológico no existe, porque la primera especie de objetos culturales forma parte de los objetos empíricos, y la segunda, de los objetos metafísicos.

Consideremos el sustrato material y el sentido espiritual de los objetos culturales de Aftalión y compañía. Cuando se piensa en una obra de arte, la idea se asocia a la apreciación de la belleza, al placer que produce lo que es hermoso, elegante, armonioso. Pero lo que para unos es una música conmovedora, para otros puede ser un ruido desagradable, o un sonido indiferente. De tal manera, es difícil pensar que la emoción o la belleza se encuentran "objetivamente" en una determinada sucesión de sonidos, o en las líneas o colores de un lienzo, es decir, en un sustrato material. Desde luego que un trozo de mármol puede ser necesario para realizar una escultura, pero la belleza de ella no puede atribuirse al mármol. La actitud de quien disfruta de la belleza puede obedecer a razones muy variadas, y pueden varios individuos compartir o no un mismo sentimiento sobre lo que consideran hermoso. En todos los casos parece haber una constante: la emoción del sujeto. Un realista gnoseológico encontrará, no obstante, que la belleza está en los objetos y que no todos pueden verla. Es decir, se inclinará por una teoría objetivista de los valores. Sin embargo, esta tesis no contiene una solución para las discrepancias de opiniones, cosa que no sucede, por ejemplo, con los científicos y su método empírico. Al parecer, los obje-

[42] Aristóteles, *Ética nicomaquea*, UNAM, México, 1961, p. 139.
[43] *Ob. Cit.*, p. 140.

tivistas no han tenido éxito en encontrar un método al alcance de todos, que permita dirimir las controversias.

Si para superar escollos, se acepta diluir los objetos culturales en objetos empíricos y objetos metafísicos, cabe preguntarse ¿qué sucede con los valores? Para los objetivistas, en general, los valores no son objetos empíricos, ni ideales; tienen que pensarlos como una especie de seres etéreos, independientes, inmutables, esencias-cualidades irreales residentes en las cosas. Para los subjetivistas, si el valor se considera sólo una emoción, un interés del sujeto, podrá decirse que los valores son objetos empíricos. Pero el valor es algo más. Conviene hacer algunas precisiones.

De manera general, es necesario considerar que el valor es un sentimiento de aprecio, una preferencia, bien por una conducta que debemos observar, o bien por una cosa que conviene procurarnos. Es decir, que debemos distinguir dos tipos de valores: los que se refieren a la conducta libre del hombre y operan como guías deseables para esa conducta libre, tales como la bondad, la justicia, la tolerancia, la lealtad, la generosidad, el respeto, etc.; y los valores que se consideran medios para conseguir un fin, como la utilidad, que satisface necesidades; la belleza, que produce placer; la higiene, que preserva la salud, etc. Ruyer distingue "entre los valores intrínsecos y los valores instrumentales; sólo los primeros, se cree, pueden desempeñar el papel de fin, en aquello que se justifica por sí mismo, mientras que los valores instrumentales aparecen frecuentemente con un carácter de necesidad desagradable". Con relación a estos últimos, dice: "El dominio de los principales valores instrumentales se encuentra en la economía, la técnica, la política y en el orden del poder en general".[44]

El caso de los valores instrumentales, medios para conseguir fines, la concepción aristotélica lo considera una materia que tiene que ver con la técnica. Como ya se dijo, en ese caso el sentimiento estimativo debe ser considerado como un objeto empírico. Consiste en una representación colectiva que se produce en la conciencia de los individuos y que los induce a preferir un objeto a otro, por considerarlo más útil, más hermoso; o a votar por un candidato, en virtud de una creencia política, etc. En cambio los valores que Ruyer llama intrínsecos, que son modelos para conductas libres, tienen en común el estar vinculados a expresiones normativas: debe ser el respeto a la vida, debe ser el respeto a la propiedad privada, etc. Como se ha señalado, estas creencias for-

[44] Raymond Ruyer, *La filosofía del valor*, FCE, México, 1974, pp. 99-101.

man parte de la moralidad en sentido amplio; y cuando son consideradas moralmente, pertenecen al mundo metafísico. Si son consideradas de otra forma, pueden constituir objetos empíricos.

Desde luego, estas creencias sobre modelos de conducta no son, en sí mismas, objetos empíricos o metafísicos. Lo que las convierte en una u otra cosa, es el conocimiento que se construya sobre ellas. Los procesos metodológicos conscientes convierten lo estudiado en objetos de conocimiento, en este caso de las ciencias sociales. Examinar las ideas, las creencias de los hombres, para establecer qué las determina, condujo a la aparición de la sociología del conocimiento. Para Mannheim, el conocimiento de los grupos sociales está determinado socio-existencialmente. Las manifestaciones psíquico-intelectuales se deben interpretar como dependientes de las posiciones sociales y los órdenes socioeconómicos cambiantes. Los individuos comparten las orientaciones derivadas de los propósitos e intereses de los grupos a que pertenecen. Es necesario investigar la estructura social pertinente para determinar su influencia sobre una visión del mundo y los grupos portadores de esa visión.

En *La ideología alemana* se lee que Kant "convertía las determinaciones materialmente motivadas de la voluntad de la burguesía francesa en autodeterminaciones puras de la 'libre voluntad' [...] convirtiéndolas con ello en determinaciones conceptuales puramente ideológicas y en postulados morales".[45] En todo caso, la evaluación de ideas consideradas como ocultamiento ideológico o distorsión utópica, se contrasta con la realidad.

Esas mismas creencias, que forman una manera de ver el mundo, son también el objeto de estudio de una ética, una teoría del Derecho, una religión, etc. Ninguna de estas disciplinas presenta un mandamiento o precepto, diciendo que obedece a los intereses de una clase o grupo social. Por el contrario, se ofrecen como principios válidos en todo momento, con la pretensión de imponerse inexorablemente. Sobre su origen se suele invocar la naturaleza humana, la voluntad divina, o la voluntad del pueblo en abstracto, todo lo cual sirve para legitimar la exigencia de obediencia. Normalmente, la mayoría de los miembros de una sociedad o comunidad comparten el sentimiento de estimación por la conducta que se debe observar de acuerdo al mandato. Tanto los destinatarios de las normas como quienes se dedican a estudiarlas, trátese de un sacerdote, un jurista o un moralista, convierten tales creencias en un objeto muy diferente al que se procuran los

[45] Marx y Engels, *La ideología alemana*, Pueblos Unidos, Montevideo, 1971, pp. 225-226.

sociólogos cuando los estudian. De modo que los mismos valores se convierten en objetos empíricos en un caso y en objetos metafísicos en el otro.

En resumen, para precisar la naturaleza de los valores y hablar de ellos, es conveniente, en primer lugar, determinar las clases de valores de que podemos hablar, lo que Ruyer distingue como valores instrumentales y valores intrínsecos. Hay que concretar de cuáles vamos a hablar. En segundo lugar, hay que reflexionar sobre el tipo de consideración o análisis que se va a hacer sobre los valores: apreciación técnica, investigación sociológica o planteamiento moral en sentido amplio. Para la técnica o la sociología, los valores son objetos empíricos; no es así para la moral. En tercer lugar, hay que tomar partido sobre una posición frente a los valores: objetivista o subjetivista, si se trata de la perspectiva moral, que es la filosófica (aunque no todos los filósofos se den cuenta de ello). Los objetivistas afirman que los valores no son ni objetos empíricos ni ideales. No queda claro si todos ellos aceptarían la idea de que son objetos metafísicos. En cuanto a los subjetivistas, pudiera pensarse que se inclinan por el plano empírico; pero si el planteamiento es moral, y no sociológico o técnico, en verdad tendrían que dejar de lado los prejuicios y terminar también en el plano metafísico. Y por supuesto, prescindir del eufemismo de los objetos culturales. Como el planteamiento moral a algunos les parece que está pasado de moda, se sienten satisfechos de encontrar este término de objetos culturales, que suena más novedoso. Pero viendo bien las cosas, la expresión lo que hace es disfrazar una mezcla insoluble, porque es necesario escoger: o se habla de objetos empíricos, o se trata de objetos morales, metafísicos.

Es conveniente, en fin, que quien reflexiona, se aclarare a sí mismo de qué tipo de objeto está hablando y de qué manera lo está considerando, cosas que son inseparables; que decida qué posición adopta frente a los valores, objetivista o subjetivista; igualmente debería tener una preocupación gnoseológica, para determinar si está adoptando una postura realista o idealista. Y en consecuencia de lo anterior, debería saber qué entiende por verdad y qué partido toma en relación con ella. Tener conciencia de todo esto permite al filósofo del Derecho hacer un razonamiento más limpio y coherente. Dicho todo lo cual, pasemos a considerar la vinculación de la tolerancia y el Derecho.

8. LA TOLERANCIA DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Para que la virtud de la tolerancia pueda hacerse efectiva en una sociedad, además de una campaña de divulgación, de previsiones dentro del sistema educativo y otras cosas similares, es preciso que el ordenamiento jurídico de cada país consagre algunos principios fundamentales en relación con ella. En

este orden de ideas, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que se produjo en París el 26 de agosto de 1789, ha servido de modelo y de inspiración a los sistemas jurídicos del mundo occidental. Tanto en ese texto como en los demás sujetos a su influencia, es posible agrupar sus preceptos en tres categorías: en primer lugar, los que establecen las premisas básicas; luego, los que prohíben ciertas discriminaciones; por último, los que se refieren a los mecanismos que tratan de garantizar los derechos establecidos. De seguidas se expondrán los tres tipos de preceptos, tal como aparecen consagrados en la Declaración francesa de 1789 y en la nueva Constitución venezolana de 1999.

La Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano comienza por afirmar la existencia de derechos naturales del hombre, cuyo respeto es indispensable para la felicidad pública y para fijar los límites necesarios al poder legislativo y al ejecutivo:

> Los representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desdén de los derechos del Hombre son las únicas causas de infelicidades públicas y de corrupción de los Gobiernos, resolvieron exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, a fin de que esta Declaración, constantemente presente a todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, puedan ser a cada instante comparados con el límite de toda institución política, para que sean más respetados; a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas de ahora en adelante sobre principios simples e indiscutibles, tiendan siempre al mantenimiento de la Constitución y la felicidad de todos.
>
> En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del Hombre y del Ciudadano.[46]

Después de afirmar, de manera genérica, la existencia de derechos naturales, inalienables y sagrados, cuya conservación es el fin de toda asociación política, según consagra en el artículo 2, la Declaración establece en el artículo primero otra premisa fundamental: la libertad y la igualdad de los hombres.

[46] *Constitution de la Republique francaise,* presentada por Ferdinand Mélin-Soucramanien, ediciones Dalloz, 2004, pp. 3 y ss. Traducción de la autora.

"Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común".

La enumeración de los derechos naturales comprende: "la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión" (artículo 2).

La prohibición de discriminaciones aparece en los artículos 6, 10 y 11 de la Declaración de 1789. En el artículo 6 se consagra la igualdad ante la ley para todos, sea que la ley proteja o castigue. Siendo iguales los ciudadanos ante la ley, ellos son igualmente admisibles "a todas las dignidades, plazas y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y de sus talentos". En suma, que no habrá discriminación para los cargos públicos.

En cuanto a las creencias de las personas y su expresión, dice:

> Artículo 10. Nadie debe ser perseguido por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley.
>
> Artículo 11. La libre expresión de los pensamientos y las opiniones es uno de los derechos más preciados del Hombre: todo Ciudadano puede pues hablar, escribir, imprimir libremente, salvo la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley.

Las garantías de los derechos consagrados en la Declaración se refieren a la libertad y a la necesidad de una fuerza pública para protegerla, tanto como a los demás derechos humanos. En cuanto a la libertad, comienza precisando lo que se puede y lo que no se puede hacer, con una clara enunciación del principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico:

> Artículo 4. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro: así pues el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más limitaciones que el disfrute de estos mismos derechos que se han asegurado a los otros Miembros de la Sociedad. Estos límites no pueden ser determinados sino por la Ley.
>
> Artículo 5. La Ley no puede prohibir sino las acciones dañinas a la Sociedad. Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena.

Luego, la Declaración limita las acusaciones, arrestos o detenciones, a los casos y con las formalidades determinados por la ley. Considera que deben ser castigados los que soliciten, expidan o ejecuten órdenes arbitrarias, aunque

los ciudadanos citados o encausados en virtud de la ley deben obedecer de inmediato, siendo culpable quien se resista (artículo 7).

Las penas que la ley establezca deben ser las estricta y evidentemente necesarias. Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada (artículo 8) Es decir, el principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia.*

Todo hombre se presume inocente hasta que sea declarado culpable. En caso de arresto, la ley debe reprimir severamente todo rigor innecesario para asegurar a la persona (artículo 9).

Para garantizar los derechos humanos se necesita una fuerza pública, establecida para beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos a quienes está confiada (artículo 12). Desde luego, se necesita una contribución común, de acuerdo con las posibilidades de los ciudadanos, para sostener esta fuerza pública, contribución controlada por los mismos ciudadanos (artículos 13 y 14).

Si la garantía de los derechos no existe, ni está determinada la separación de los poderes, según la Declaración de 1789, no hay Constitución (artículo 16).

La Constitución venezolana de 1999 es sumamente amplia en materia de afirmación y garantía de los derechos humanos. Ella dedica 87, de sus 350 artículos, a los derechos de los ciudadanos; es decir, casi el 25% de sus disposiciones se refiere a los derechos de los ciudadanos, divididas estas normas en disposiciones generales sobre derechos humanos, derechos civiles, derechos políticos, derechos sociales, derechos culturales, derechos económicos, derechos de los pueblos indígenas y derechos ambientales. Contrasta curiosamente esta amplitud, con apenas 6 artículos que dedica a los deberes de los ciudadanos, lo cual significa un 1,7% del total del articulado.

A continuación se destacarán sólo algunos de los preceptos más significativos de ese conjunto. Las premisas básicas en materia de tolerancia están contempladas en los primeros artículos, donde se consagran los valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional, junto con otros valores como la vida, la democracia, etc., proclamados como los valores superiores del ordenamiento jurídico. Se destaca, de manera especial, la preeminencia de los derechos humanos, la defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, así como el hecho de constituir a Venezuela en un Estado de Derecho y de Justicia (artículos 1, 2 y 3).

La enumeración de los derechos y garantías contenidos en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, de acuerdo con la propia Constitución, no es una enumeración taxativa, que excluya otros derechos inherentes a la persona (artículo 22). Y algo novedoso es la jerarquía que confiere, incluso superior a ella misma, a los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, en la medida en que sean más favorables que las normas constitucionales. En tal condición, son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público (artículo 23).

El tratamiento de las exclusiones de personas que quedan proscritas por la Constitución, comienza cuando se establece:

> No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. [...] Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana, salvo las fórmulas diplomáticas. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias (artículo 21, numerales 1, 3 y 4).

La mayoría de las discriminaciones aludidas se refieren a alguna condición de las personas. Otras previsiones, relativas también mayoritariamente a la condición, son las siguientes: la prohibición de incluir en los documentos públicos alguna mención que califique la filiación (artículo 56); la igualdad y equidad de hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al trabajo (artículo 88); la prohibición de discriminaciones laborales por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición (artículo 89, numeral 5); el reconocimiento de la existencia y de los derechos de los pueblos indígenas (artículos 119 a 126).

También quedan prohibidas las discriminaciones por causa de las creencias de las personas. Además de las libertades ya señaladas, se establece la de expresión del pensamiento, de ideas u opiniones, de viva voz, por escrito o mediante cualquier forma de expresión (artículo 57); la libertad de religión y de culto y a manifestar sus creencias en público o en privado, siempre que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres y al orden público (artículo 59); la libertad de conciencia y su expresión, salvo que constituya delito (artículo 61); el derecho a manifestar, pacíficamente y sin armas, sin otros requisitos que los que establezca la ley (artículo 68).

Igualmente la Constitución establece una serie de previsiones y mecanismos para garantizar los derechos citados. La disposición más general en este sentido es la siguiente:

> 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 (artículo 19).

En cuanto a la igualdad, se dice que la ley garantizará las condiciones para que sea real y efectiva, que adoptará medidas a favor de los discriminados, y privilegiará a las personas que están en circunstancias de debilidad manifiesta (artículo 21, numeral 2).

Como previsión relativa a la libertad, establece el principio de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico, en los siguientes términos:

> Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social" (artículo 20). Consagra el principio de legalidad: "La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen" (artículo 137), así como la división de poderes (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral) y su autonomía: "cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado (artículo 136).

En relación con la libertad de las personas, se establecen limitaciones en el caso de los arrestos, la prohibición de desaparición forzada de personas, el derecho a la integridad física y el derecho al debido proceso (artículos 44, 45, 46 y 49).

Los principales medios que garantizan todas estas disposiciones son los siguientes: la nulidad de los actos del Poder Público que violen los derechos establecidos en la Constitución y la ley, y la responsabilidad penal, civil y administrativa en que incurren los funcionarios públicos que los ejecuten (artículo 25); la garantía del acceso a la justicia para hacer valer los derechos, incluso colectivos o difusos, sin formalismos inútiles (artículo 26); el derecho de amparo de los derechos y garantías constitucionales, con un procedimiento

breve, gratuito y no sujeto a formalidad, para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida (artículo 27); la obligación del Estado de sancionar los delitos de las autoridades contra los derechos humanos y la imprescriptibilidad de las violaciones a los derechos humanos (artículo 29); la obligación del Estado de indemnizar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos o a sus herederos, por actos que le sean imputables (artículo 30); y el derecho de las personas a dirigir peticiones ante órganos internacionales, para solicitar el amparo de sus derechos humanos (artículo 31).

Para finalizar la consideración de este último punto sobre la tolerancia y el Derecho, parece lógico proponer, a nivel docente, la inclusión de la tolerancia en el estudio de los fines del Derecho, y por cierto, como uno de los más importantes. Para ello, resulta conveniente exponer a los futuros juristas las causas de la intolerancia, la noción de tolerancia, sus presupuestos y sus límites, y los principios que deben consagrarse en el ordenamiento jurídico.

Entre estos principios, serían fundamentales los siguientes: 1) respeto a la dignidad de la persona humana y a sus derechos; 2) declaración de la libertad e igualdad de derechos de todos los seres humanos; 3) respeto por las diferentes condiciones y creencias de las personas, con prohibición expresa de establecer discriminaciones en razón de la edad, el sexo, la raza, la condición social, la condición de indígena, la filiación, las creencias u opiniones políticas, religiosas o de cualquier clase, con la expresa mención de la libertad de expresión del pensamiento, la de religión y culto y su expresión, la de conciencia y su expresión, el respeto a las minorías y el derecho de manifestar pacíficamente; 4) principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico; 5) principio de legalidad; 6) principio de división de poderes; 7) principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia;* 8) presunción de inocencia; 9) nulidad de los actos del Poder Público que violen los derechos humanos; 10) prohibición de la arbitrariedad y responsabilidad penal, civil y administrativa de los funcionarios que violen los derechos humanos; 11) imprescriptibilidad de los delitos por violación de los derechos humanos; 12) obligación del Estado de indemnizar a las víctimas, o a sus herederos, por la violación de derechos humanos; 13) derecho de los ciudadanos a solicitar protección de organismos internacionales por la violación de derechos humanos; 14) facilidad de acceso a la justicia, incluso para ejercer derechos colectivos y difusos; 15) derecho de amparo a los derechos y garantías constitucionales.

CONCLUSIÓN

Cada época histórica ha tenido su propia cosmovisión y la nuestra parece estar cerrando un círculo, porque de alguna manera regresa al principio, pero sin olvidar el camino recorrido. La virtud de la tolerancia tiene su lugar en la concepción de esta época.

Platón fue un gigante, en un período cuyo pensamiento giraba en torno a un universo armónico. Representante de su mundo, pudo decir al hombre "que nada se hace para ti, antes tú mismo te haces en orden al universo".[47] Con el correr de los siglos, el hombre se rebeló y quiso ser el centro de todo. Comió del árbol prohibido y fue arrojado del Paraíso; no tardó en descubrir que su razón no era todo poderosa, que no podía controlarlo todo. Sin embargo, ya era tarde para recuperar la inocencia perdida y regresar a la armonía ingenua con la naturaleza. No le quedó más remedio que vivir en tensión dialéctica con el mundo. En el centro de la cosmovisión actual está el hombre solitario, angustiado, luchando con un mundo que se le impone, tal vez con el rostro de las fuerzas anónimas del Mercado.

Hegel y Marx son gigantes de nuestro mundo y nos han dicho que la humanidad está histórica y materialmente condicionada. Por tanto, las creencias, los valores son relativos a un tiempo y a un lugar determinados. Así como el relativismo es típico de esta época, también el idealismo lo es, y una vez comprendido, impide regresar con tranquilidad a la primera e ingenua confianza en el realismo. Al conducir a una posición escéptica frente a la verdad, el idealismo facilita el juego de la tolerancia. Para el hombre, la tolerancia pudiera ser un camino para reencontrarse con sus semejantes, para sentirse de nuevo parte de un todo, que rompa con su soledad y su incertidumbre. Él quebró la primera armonía con el universo; acaso pueda ahora construir una nueva armonía, la de la humanidad. Para eso necesita de la racionalidad de la tolerancia.

[47] *Obras Completas,* editorial Aguilar, Madrid, 1966, p. 1.493.

Neoliberalismo, filosofía liberal y derecho del siglo XXI

Emilio J. URBINA MENDOZA*

SUMARIO:

1. **Precisiones preliminares.**
2. **La filosofía liberal y la construcción de la noción de "occidente": 2.1** *Los fundamentos éticos liberales:* **2.2** *Etapas históricas del liberalismo.*
3. **Liberalismo político y construcción de un discurso democrático de Derecho.**
4. **Hacia un liberalismo más doctrinario. ¿Dirección correcta?**
5. **Corrigiendo al siglo XXI: ¿Rescatamos al liberalismo modélico?**

1. PRECISIONES PRELIMINARES

Así como durante el siglo XIX y buena parte del XX, las teorizaciones sobre la libertad que sedujeron y marcaron las ideologías, Constituciones y escenarios

* **Universidad de Deusto-España,** Doctorando en Derecho. **Universidad Católica del Táchira,** Profesor de Filosofía del Derecho y Teoría de la Interpretación Jurídica II. **Universidad Alberto Hurtado-Santiago de Chile,** Magister Scientiarum en Ética y Filosofía Social. **Universidad Valle del Momboy,** Director-Editor de la Revista Ética y Jurisprudencia.

históricos de occidente, se acobijaron bajo la bandera del *Liberalismo,*[1] nuestro nuevo siglo también parece sucumbir ante el paradigma liberal del individualismo posesivo burgués.[2] El pensar liberal resurge con fuerza, no porque se deba a una conspiración ejecutada desde los centros financieros del norte anglosajón despiadado, sino por el desmoronamiento de los totalitarismos solapados de los cada vez más insoportables Welfare States.[3]

Curiosamente, los detractores del pensar liberal y su Derecho, favorables a esos cada vez más utópicos Estados del Bienestar, tildan al liberalismo como doctrina antidemocrática, reencantadora de una fenecida modernidad,[4] causante del desarme ético de la sociedad,[5] y en esencia, antihumana por anteponer la dimensión económica del sujeto[6] antes que la esfera vital ínsita como seres espirituales.[7] ¿Quién tiene la razón, en medio de esta disputa de principios de siglo?

---

[1] Para una visión más detallada sobre el contexto histórico donde surge el liberalismo, expuesta por tratadistas políticos clásicos, *Cfr.*: Schnerb, Robert. *Le XIXe. Siècle. L'apogée de l'expansión européenne (1815-1914)*. París P.U.F., (1955); Weill, George. *L'éveil des nacionalités et le mouvement libéral (1815-1848)*. París, P.U.F., (1930); Graham, William. *English political philosophy from Hobbes to Maine*. Londres, E. Arnold (1899); Ruggiero, Guido de *Historia del liberalismo europeo. (Traducción de Adolfo Posadas)*. Madrid, Ediciones Pegaso (1944).

[2] Para más detalles, *Cfr.* Velasco, Demetrio. *Propietarismo y exclusión socioeconómica y política*. En: *Iglesia Viva*. Madrid, N° 211 (2002) 3-23. También, *Cfr.* Macpherson, C.B. *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke.* Barcelona, Editorial Fontanella (1970). *Cfr.* Camps, Victoria. *Paradojas del individualismo*. Madrid, Editorial Trotta (1998) 492-512.

[3] Algunos sectores de la literatura especializada sobre el Estado de Bienestar, esgrimen que el mismo es un peligro para democracia, ya que la gestión termina produciendo sujetos obedientes y domesticados al gobernante que presta esos servicios. Como lo afirma Jesús Castillo Vegas. *La Sociedad Civil, el Estado social y las Organizaciones No Gubernamentales*. En: *Revista Tachirense de Derecho.* San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira, N° 12 (2000) p. 22 "(...) El Estado de bienestar supondría una amenaza latente contra la libertad y contra la democracia al sustituir la legitimación del poder basada en el consenso por una legitimidad basada en la eficacia, en la correcta gestión de los servicios públicos. El Estado de bienestar intentaría sustituir la legitimidad democrática por una legitimidad técnica, por la prestación de servicios, incurriendo en el carácter "pastoral" denunciado por M. Foucault. El Estado vela por sus ciudadanos y los protege sanitariamente: que no fumen, que no beban, que no se droguen, etc. En definitiva, les trata como menores de edad. El Estado de bienestar se ha dicho finalmente hace de los ciudadanos consumidores obedientes, animales gregarios que no racionales (...)".

[4] *Cfr.* Prendergast, Christopher. *Modernidad. La palabra clave*. En: *New left review.* Madrid, Ediciones Akal, N° 24 (2004) 87.

[5] Rallo Romero, Antonio. *Un mundo para todos. Otra globalización es posible*. Barcelona, Editorial Icaria (2003) 17.

[6] *Cfr.* Navarro, Vicenç. *Globalización económica, poder político y Estado de Bienestar.* Barcelona, Ariel Editores (2000).

[7] *Cfr.* Carta Encíclica *Centessimus Annus.* Roma (1991).

Si echamos un vistazo a los acontecimientos más resaltantes de la efeméride mundial, es obvio que nos amenazan múltiples riesgos como sociedad. Peligros que pueden concederle crédito a los antiliberales. Un mundo que acepta casi dogmáticamente la ruptura de identidades nacionales por las globalizadas,[8] la interpenetración creativa de los mercados[9] y las más radicales batallas por el cambio de los atlas en pro de esos mercados,[10] evidentemente son la muestra de la fortaleza liberal sobre nuestras mentalidades,[11] cuando no sobre nuestros corazones. Por mucho que las teorizaciones de Marx y el Estado Social de Derecho hayan logrado permear las Constituciones de posguerra, el ánima liberal continúa fortalecida, quien sabe sí hasta intocable.

Una mirada a los últimos 50 años del siglo XX, dejan traslucir la reconfiguración simbólica de lo más genuinamente liberal: *las paradojas*.[12] Esas antífrasis las palpa el "divino" mortal que observa el noticiero de CNN por las noches, navega a través del hiperespacio, sufre las crucifixiones de un proceso judicial promedio[13] o esgrime ante una protesta pública su "derecho constitucional" para exigir legítimas pretensiones no como un ciudadano de un Estado donde se consagra en el texto constitucional la Soberanía popular, sino la *Soberanía Constitucional del Consumidor*.[14] En fin, a pesar de que poseemos una afición casi frenética por el Estado Social y Constitucional de Derecho, tenemos un mundo que cada vez se afilia a las matemáticas leviathanísticas, adicionadas a una clara y evidente nueva *lex mercatoria*[15] de autorregulación basada en contratos internacionales, laudos arbitrales e inmunidades frente al derecho nacional.[16]

---

[8] Gabretón, Manuel Antonio. *La sociedad en que vivi(re)mos. Introducción sociológica al cambio de siglo*. Santiago de Chile, LOM ediciones (2000). 25-53.
[9] Brúnner, José Joaquín. *Globalización cultural y postmodernidad.* México, Fondo de Cultura Económica (1998) 65.
[10] Bauman, Zygmunt. *La globalización. Consecuencias humanas*. México, Fondo de Cultura Económica (1999) 41-49.
[11] *Cfr.* Touraine, Alain. *Comment sortir du libéralisme?* París, Fayard (1999).
[12] Para más detalles, *Cfr.* Matamoros, Blas. *De tropiezos y retornos*. En: *Cuadernos hispanoamericanos*. Madrid, AECI, N° 594 (1999) 33-43.
[13] Nieto García, Alejandro. *Balada de la Justicia y la Ley.* Madrid, Editorial Trotta (2002) 248.
[14] Sobre este punto, *Cfr.* Ovejero Lucas, Félix. *Las defensas morales del mercado*. En: *Isegoría*. Madrid, N° 9 (1994) 44.
[15] *Cfr.* Giménez Corte, Cristian. *Lex Mercatoria, garantías independientes y coacción extraestatal*. En: *Internacional Law.* Revista Colombiana de Derecho Internacional. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, N° 3 (2004) 343-361.
[16] *Cfr.* Mercado Pacheco, Pedro. *El Estado comercial abierto. La forma de gobierno de una economía desterritorializada*. En: AAVV. *Transformaciones del Derecho en la Mundialización.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial (1999) 133-145.

Ante esta evidente paradojización de lo jurídico, nos sugestiona la pregunta del ¿qué hacer? para corregir o por lo menos minimizar los efectos de las patologías anteriormente descritas. Cuestionamiento que justifica una respuesta o clave hermenéutica clara y contundente de quienes trajinamos por la filosofía del Derecho, porque nos asiste el arrisco de terminar argumentando a favor de esa lógica donde multinacionales como *Enron* o su cómplice, *Arthur Andersen*, fijen los parámetros para la confección de las próximas generaciones normativas.[17]

En la búsqueda del "dorado" contra lo paradójico para nuestras ciencias jurídicas, también se corre el riesgo de adentrarse en las trampas epistemológicas de los "sospechosos retornos" hacia antiguas fórmulas que fueron desplazadas por sus nefastas consecuencias o su inoperatividad en la práctica como fue el uso alternativo del Derecho[18] y las novísimas versiones de un injustificado resurgimiento iusnaturalista.[19] Tal es el caso del renacimiento de los populismos y las visiones democráticas tumultuarias, donde la mejor arma parece circunscribirse al sabotaje contra la globalización y toda forma de economía de libre mercado, emulando mediocremente algunas conductas o ideas fuerzas del marxismo-leninismo, el maoísmo o las visiones naturistas vernáculas de los caudillos que azotaron América Latina durante el siglo XIX.

Por estas consideraciones, creemos conveniente revisar las bases de lo que ha sido el germen de nuestra sociedad constitucional de la paradoja y encontrar allí las claves de lectura de donde surgirán las ideas para la confección de nuestras respuestas para la superación de las contradicciones internas de nuestro Derecho en las nuevas modernidades,[20] y de esta manera, no apelar a la

[17] Una visión más detallada puede revisarse en Navarro, Vicenç. *Bienestar insuficiente, democracia incompleta*. Barcelona, Editorial Anagrama (2002) 149.

[18] *Cfr.* González Navarro, Francisco. *De la justicia de los jueces y de otros sintagmas afines.* En: *AAVV. Libro Homenaje a Villar Palasí.* Madrid, Editorial Civitas (1989) 533. Sobre la historicidad, *Cfr.* Souza, María de Lourdes. *El uso alternativo del Derecho.* Bogotá, Universidad Nacional de Colombia (2001).

[19] A mediados de los años 90 del siglo XX, se suscitó una disputa académica en Chile sobre la inutilidad de continuar sosteniendo la clásica dialéctica Derecho Natural-Derecho Positivo. El tema fue ampliamente difundido en las diferentes publicaciones de algunas universidades chilenas, entre las que resaltan: Squella Narduci, Agustín. *¿Por qué vuelve a hablarse de derecho natural?* En: *Revista Chilena de Derecho.* Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 22, N° 1 (1995) 79-89. También, la contestación al artículo en Orrego, Cristóbal. *¿Podría no hablarse de Derecho Natural alguna vez? Réplica al profesor Squella*. En: *Revista Chilena de Derecho.* Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 24, N° 1 (1997) 125-150.

[20] Preferimos adherirnos a la tesis de Beck donde esgrime el fin de la modernidad industrial (primera modernidad) y el inicio de la modernidad reflexiva (segunda modernidad) que dará pie a la aparición de lo que él llama la sociedad del riesgo. Beck, Urlich. *La sociedad del riesgo global.* Madrid, Siglo XXI Editores (2002) 113. Sobre las diferentes lecturas de la modernidad en el siglo XXI, *Cfr.* Vidal Fernández, Fernando. *Las transiciones sociales de la segunda modernidad*. En: *Miscelánea Comillas.* Madrid, Pontificia Universidad de Comillas, N° 61 (2003) 585-609.

ambigua y dudosa expresión denominada "postmodernidad". Y para tal fin, apostamos por revisar las bases de nuestra forma de pensar en occidente, y donde históricamente la sociedad venezolana ha cifrado sus esperanzas políticas desde la fundación como Estado[21] en 1830: *la filosofía liberal*.[22]

2. LA FILOSOFÍA LIBERAL Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA NOCIÓN DE OCCIDENTE

Hemos afirmado en otras oportunidades un viejo axioma expuesto por Arthus Lovejoy, donde coincidimos en aceptar que número de ideas fundamentales existentes en la filosofía es en extremo limitado.[23] Entre esa selección cuidadosa de juicios, el liberalismo ocupa un sitial de originalidad dentro del conjunto de abstracciones y reflexiones que han perfilado las características del modelo de civilización occidental en los últimos dos siglos.

El liberalismo nace en Europa en la efervescencia ilustrada del XVIII. La agitación racionalista de este tiempo marca una ilustración que revestirá diferentes ropajes, unos más avanzadas que otros y hasta encontradas.[24] El sesgo del pluralismo sembrará el germen de las futuras concepciones liberales, cuando no reacciones dentro de su propio cuerpo doctrinario que marcará las diferencias en el plano práctico real. En los predios ideológicos liberales no existen códigos, catecismos o libros de reglas y de principios. Sólo posturas y matices en lo que respecta a la pregunta ¿por qué la libertad es un bien y no un mal?

Las interpretaciones teóricas al liberalismo asumen diferentes direcciones, así como disímiles posturas. Para un gran sector autoproclamado como liberal, el liberalismo es una determinada concepción del Estado, según la cual éste posee funciones y potestades limitadas como lo ha señalado el recientemente

---

[21] Sobre los aportes de las revoluciones liberales en la configuración de los principios rectores de las Constituciones venezolanas en el siglo XIX, *Cfr.* Brewer-Carías, Allan R. *Reflexiones sobre la Revolución Americana –1776– y la Revolución Francesa –1789– y sus aportes al Constitucionalismo Moderno*. Caracas, Cuadernos de Derecho Administrativo UCAB (1992). También del mismo autor: *El paralelismo entre el constitucionalismo venezolano y el constitucionalismo de Cádiz (o de cómo el de Cádiz no influyó en el venezolano)*. En: *La Constitución de Cádiz de 1812*. 223-331.

[22] Como lo afirma Raynero, en *Venezuela "todos son liberales"*. *Cfr.* Raynero, Lucía. *La noción de libertad en los políticos venezolanos del siglo XIX. 1830-1848.* Caracas, Publicaciones UCAB (2001) 133.

[23] Lovejoy, Arthur. *Essays in the history of ideas*. Baltimore, John Hopkins Press (1965) 22.

[24] Hanisch Espíndola, Walter. *La filosofía de Don Juan Egaña*. Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile (1964) 26.

desaparecido profesor Bobbio.[25] Otros, lo entienden como un todo reivindicativo de vastos espacios de libertad en el ámbito personal, religioso, económico, político y hasta literario,[26] e incluso hay quienes lo conciban como una forma suprema de generosidad (Ortega y Gasset).

A primera vista, puede advertir el intérprete una policromía conceptual sobre el liberalismo, cuando no marcada por cierta noción de ser una mera significación pragmática, fragmentada por algunos determinados estilos de vida. A priori, el ideal liberal no se presenta como un compacto bloque de doctrina con su autor estrella, sino más bien como la concienciación de la autodeterminación humana encerrada en lo que se denominó "modernidad". El liberalismo no se ufana como la izquierda de esgrimir una hegemonía intelectual por el estricto orden en que ha sido escrito el mensaje "original" o la presencia interminable de un rosario de glosadores.[27]

La *modernidad*[28] aparecida construirá al sujeto moderno. El nuevo andamiaje discursivo permitirá el reconocimiento de la identidad personal, diferenciada de cualquier otra. El individualismo moderno, como apunta Hall, propiciará la rebeldía de la persona hacia cualquier tutela externa, mostrándose como la única forma de disfrutar de una experiencia que lo diferenciará de los demás.[29]

La formulación moderna aparece frente a la sociedad europea decimonónica, mucho más atractiva que la visión cristiano-católica en boga desde la Edad Media. La secularización de todos los campos marcará la separación de las esferas del saber sobre la explicación teológica. La metafísica es reemplazada por el método inductivo, lo que permitirá derribar los antiguos misterios y dogmas escondidos tras el cándido velo religioso. Un nuevo entusiasmo de la

[25] Bobbio, Norberto. *Liberalismo y democracia. (Traducción de José Fernández Santillán)*. México, Fondo de Cultura Económica (1996) 7.
[26] Vergara, Francisco. *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*. Madrid, Editorial Alianza (1999) 9.
[27] *Cfr.* Scrutton, Roger. *La hegemonía intelectual de la izquierda progresista*. En: *Revista de Estudios Públicos.* Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, N° 85 (2002) 255-265.
[28] Para una comprensión más detallada sobre la modernidad, *Cfr.*: Tourraine, Alain. *Crítica de la modernidad.* Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica (1994); Habermas, Jürgen. *The Philosophical Discourse of Modernity*. Cambridge, MIT Press (1987).
[29] "It is now a commonplace that the modern age gave rise a new and decisive form of individualism, at the centre of which stood a new conception of the idividual subject and its identity. His not mean that people were not individuals in pre-modern times, but that individuality was both 'lived' experience and 'conceptualized' differently". Hall, S. et allia. *Modernity and its futures*. Cambridge, Open University and polity press (1992) 281.

humanidad seccionaba en miles de astillas un orden social estamental determinista. Paradójicamente, el liberalismo se impone con facilidad sin partir de ambiciosos planes épicos de señorío ni ideas con respuestas a todos los interrogantes humanos, sino con sencillos cálculos y transacciones mercantiles del ascetismo intramundano del primer capitalismo. Guarismos que son pocos lúcidos en lo intelectual, pero seductores por los dividendos reportados y lo "vulgarmente" convivenciales. La imagen del *tendero mediocre*, que usará A. Smith, refleja bien la realidad moral de la nueva mentalidad individualista.[30]

La primera nota conteste entre todos los autores que han abordado la preocupación en ciernes, radica en describir a esta corriente, no como una filosofía compacta y cohesionada en principios sistemáticos, sino en la constitución de modos de observar el mundo,[31] contestataria[32] a toda formulación de control central por alguna institución o dogma. En el desarrollo del liberalismo, se cruzan corrientes de doctrinas de tan diverso origen, que enturbian –según Laski– toda claridad que hacen irremediablemente imposible cualquier precisión teórica sobre el mismo.[33] Pero, pese a la imposibilidad teórica de concreción –por la carga escéptica implícita en su código genético– es posible encontrar un sólido tronco filosófico con las raíces del tupido enramado liberal que nos permita elucidar su adaptabilidad al pensamiento jurídico. Algo que intentaremos en esta oportunidad.

Como en cualquier otro corpus de ideas, el liberalismo es también un objeto ideal que posee historicidad. Dicha historicidad lo secciona en varias etapas con sus características definidas, dentro de las cuales, puede encontrarse su savia fundamental o sus mutaciones. Una revisión a la literatura especializada sobre el liberalismo, distingue a este último entre el *liberalismo clásico*, el *liberalismo decimonónico* o *ultraliberalismo,*[34] y el liberalismo del siglo XX que se mostrará como el neoliberalismo.[35]

El liberalismo clásico, o también modélico, como primera expresión filosófica, nacerá con una fuerte carga ética,[36] encontrando sus fuentes en los discursos

---

[30] Velasco, Demetrio. *Ob. Cit.,* p. 5.
[31] Ashford, Nigel y Davies, Stephen. *Diccionario del pensamiento conservador y liberal. (Traducción de Horacio Pons)*. Buenos Aires, Ediciones Nueva visión (1992) 184.
[32] Vergara, Francisco. *Ob. Cit.,* p. 10.
[33] Laski, Harold. *El liberalismo europeo. (Traducción de Victoriano Miguélez)*. México, Fondo de Cultura Económica (1961) 12.
[34] Vergara, Francisco. *Ob. Cit.,* p. 103 y ss.
[35] Castillo Vegas, Jesús Luis. *El neoliberalismo y las transformaciones del Estado y del Derecho en la sociedad global*. En: *Revista Tachirense de Derecho.* San Cristóbal, UCAT, N° 14 (2002) 7.
[36] Bobbio, Norberto. *Ob. Cit.,* p. 28

que pregonan la autonomía de la persona humana como propietario de su propio cuerpo y de su trabajo. Dos corrientes disputarán las maneras de cómo llegar al ideal liberal, pero, finalmente, ambas desembocarán al mismo delta del iusnaturalismo. Y como ya hemos precisado en las líneas preliminares de este escrito, un acercamiento al iusnaturalismo en nuestro tiempo sería retroceder a disputas superadas con una de los grandes saberes que a lo largo de la modernidad sustentaron la expansión del dominio racional del Derecho.[37]

La primera de estas corrientes, la encontramos en el utilitarismo anglosajón de Smith, Hume, Mill y Bentham, todos, fundadores de la célebre *economía política*. En una primera aproximación, la escuela británica descubrirá una serie de mecanismos por las cuales se puede mantener una armonía sin la intervención de potestades artificiales que terminen echando a perder la legítima competencia. Para ello, el utilitarismo potenció la versión liberal del cálculo de ganancias que permitirá el desarrollo del capitalismo, la industrialización y la libertad política.

La segunda versión ética corresponderá al desplegado por los racionalistas continentales partidarios de la doctrina del derecho natural continental. La libertad, será a juicio de Turgot, Condorcet, Jefferson y Paine, una categoría previa, descubierta a través de la razón. Esta vertiente difuminará gradualmente el valor del mercado, dando preeminencia a la versión jurídica que tiene su culminación en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Ambas corrientes tendrán puntos concretos, lugares donde se cruzan las posiciones dentro del tablero ideológico. Buscarán a toda costa procurarse de un mercado mundial libre, exento de regulaciones y medidas proteccionistas. El mercado es un orden espontáneo para la asignación de recursos.[38] El individuo es la fuente de sus propios valores morales, para lo cual la libertad juega un rol fundamental para esa realización –*Bildung*–.[39] Las desigualdades son funcionales, pues estimulan la producción y esa producción se circunscribe al máximo lucro.[40]

En contra de lo que erróneamente se ha hecho ver, los liberales clásicos eran flexibles en sus posturas correspondientes a la intervención del Estado sobre

---

[37] Warat, Luis Alberto. *Jusnaturalismo y positivismo jurídico: ¿Dos dignos finales?* En: *Revista de Ciencias Sociales*. Valparaíso, Universidad de Valparaíso, N° 41 (1996) 540.
[38] Ashford, Nigel y Davies, Stephen. *Ob. Cit.,* p. 185.
[39] Para el análisis y comprensión del *Bildung* y las teorizaciones germánicas sobre la realización del individuo, *Cfr.*: Bruford, W.H. *The German Tradition of self-cultivation*. Cambridge, Cambridge University Press (1975) y Kriegger, Leonard. *The German idea of Freedom*. Chicago, The Chicago University Press (1957).
[40] Castillo Vegas, Jesús Luis. *Ob. Cit.,* pp. 11-12.

la libertad individual. Echando un mero vistazo en los sumarios de las obras de Smith, Bentham y Hume, se encuentran pasajes donde los autores se muestran favorables en la aplicación excepcional de algunas medidas limitatorias de la libertad. En pocas palabras, aceptaban la idea de un Estado mínimo, pero fuerte, capaz de proteger la propiedad privada y el cumplimiento de los contratos.

Ese Estado con poder para intervenir y hacer cumplir la ley y los contratos, se sostuvo sobre los tres elementos propios del discurso jurídico liberal, donde cada versión del liberalismo, o bien, los aceptaba dogmáticamente o graduaba su intervención, unas veces favoreciendo, otras limitando o yuxtaponiendo los radios de acción.

El primer elemento corresponde a la propia *teoría de los derechos humanos*. El liberalismo empuñó las banderas de la reivindicación de los derechos de libertad religiosa, política y económica, distinguiendo una nueva antropología más humanocentrista[41] no para demostrar que el hombre era un ser semidivino, sino, que era mucho *más productivo* cuando gozaba de libertades que cuando era reducido a la esclavitud.

El segundo elemento fue el *constitucionalismo*. Los liberales clásicos erigieron las Constituciones políticas de los Estados como verdaderas cartas de limitación al poder y la garantía de los derechos y libertades necesarias, para encontrar así, el equilibrio entre ese impersonal poder estatal y los ciudadanos. La fuerte creencia en las doctrinas contractualistas de legitimación del poder, hicieron del constitucionalismo, sobretodo del inglés, el paradigma jurídico nuevo, dando al traste la visión constitucional de la edad media, dominada por la jerarquía y el todo.[42]

El tercer elemento, la *economía clásica*. La ilustración elevó la economía al sitial de condicionante de todas las demás actividades humanas. Tendrá en Smith su mejor expresión en la obra *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Para el pensamiento económico liberal clásico, la riqueza era propiciada por la tesis del comercio activo,[43] específicamente

[41] Sobre esta antropología cultural de los derechos humanos, *Cfr.* Höffe, Otfried. *Los principios universales del Derecho y la relatividad cultural*. En: *Diálogo científico.* Tübingen, Institut für Wissenschaftliche Zusammenarbeit, Vol. 2, N° 2 (1993) 11-26.

[42] Tierny, Brian. *Religion, Law and the Growth of constitutional Thought 1150-1650*. Cambridge, Cambridge University Press (1982) 40.

[43] Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones.* (Traducción de Gabriel Franco). México, Fondo de Cultura Económica (1979) 339.

el intercambio de productos primarios por los manufacturados que dieron paso a los procesos de opulencia de las distintas naciones a lo largo de la historia. La riqueza estará comprendida por todo objeto que, estando al alcance de los deseos humanos, esté dentro del alcance de la humana posesión.[44] La concepción de riqueza lleva implícito uno de los puntos de honor de todos los liberalismos: *la propiedad privada* como factor generados de riqueza y como condicionante para todos los agregados de los nuevos derechos humanos, sobre todo los políticos.[45]

Sobre el trípode económico, la teoría liberal encontrará sus mejores frutos. La nueva tesis económica propugnada por los clásicos echaron por tierra cualquier nostalgia humanista que clamara por un mundo de élites intocables, donde el trabajo esclavo sostuviera las necesidades de todos. Al igual que Hume, Smith desecha en un primer plano toda tentativa esclavizante, demostrando con lecciones históricas, el ejemplo dado por la sociedad antigua romana, comparándola con una planta estéril incapaz de un crecimiento sostenido como de libertad duradera.[46] El liberalismo clásico de Smith, tiene como mérito el iniciar los análisis sobre la economía, decantada de cualquier valor. Simplemente Smith buscaba la elucidación de la riqueza, no una moralización de la realidad económica. El análisis del desenvolvimiento económico, descriptivo, no puede partir de condicionamientos morales, ni mucho menos argumentaciones éticas que categoricen el actuar como lo sostuviera las argumentaciones escolásticas. De la misma forma, el Derecho metodológicamente no puede partir de condicionamientos de máximos valóricos.

Dicha posición será criticada y lamentada por los ultraliberales, partidarios de un Estado prácticamente inexistente, pues como apunta Constant, *su intervención es casi siempre, y no sé por qué digo casi y no sólo siempre, un trastorno de él mismo y una mortificación; porque, cuando el poder colectivo quiere mezclarse en las especulaciones particulares incomoda a los especuladores; y cuando los gobiernos pretenden hacer nuestros negocios, nos causan más mal y más dispendios sin comparación que nosotros mismos*.[47] En fin, el criterio ético para evaluar la naturaleza de las instituciones, se cimienta en la libertad máxima.[48]

---

[44] Bentham, Jeremy. *Escritos económicos*. (Traducción de Francisco Pimentel). México, Fondo de Cultura Económica (1965) 33.
[45] Castillo Vegas, Jesús Luis. *Ob. Cit.,* pp. 12-13.
[46] Merquior, José Guilherme. *Liberalismo viejo y nuevo*. (Traducción de Stella Mastrangelo). México, Fondo de Cultura Económica (1993) 51.
[47] Constant, Benjamin. *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*. En: *Del espíritu de conquista*. Madrid, Editorial Tecnos (1988) 71-72.
[48] Vergara, Francisco. *Ob. Cit.,* p. 104.

El principio manchesteriano del *laissez-faire*, *laissez-passez*, gobernarán como monarcas absolutistas el mercado y las esferas económicas. El ultraliberalismo será seducido por el evolucionismo de un Spencer muy bien determinado a quien se le atribuirá la mayor influencia de su tiempo. Las consecuencias, el decreto al mundo de una economía libre de las reglamentaciones, fueros, sindicatos, gremios, mayorazgos, privilegios, monopolios, taras y prejuicios a la innovación tecnológica y toda restricción del comercio como se había experimentado desde la Edad Media.

Compartiendo la afirmación de Merquior, la teoría liberal fue enriqueciéndose en temas y tópicos, de forma desordenada y no lineal.[49] Cuando avanzaba en diferentes puntos, era prontamente contrarrestado por retrocesos y reposicionamientos pragmáticos entorno al poder, a la cultura y a la serie de valores. Una flexibilidad liberal que será la fuente propicia para adecuar cualquier proyecto político nuevo sin los escrúpulos o la conciencia de tiempos pretéritos.

2.1 *LOS FUNDAMENTOS ÉTICOS LIBERALES*

Lo paradójico ha marcado la coexistencia de varios liberalismos. La pluralidad de concepciones lo convierten en una especie de teoría que cultiva, subyuga y fascina cualquier discurso filosófico sin pretensiones de explicar y responder todos los fenómenos del mundo. Sólo quiere que lo dejen para satisfacer sus intereses particulares, ya que, al cumplirlos, esa suma de intereses construirán el bien común natural sin apelar a las explicaciones metafísicas tales como la solidaridad o la Justicia social.[50]

La respuesta del acertijo que subyace de las contradicciones liberales se encuentra en su propia raíz ética. La ética como alusión a la reflexión sobre la vida moral,[51] llamada por Aranguren, moral formulada,[52] permitirá establecer las reglas o el criterio del buen actuar o la vida virtuosa. La escala valorativa de los diversos liberalismos, nucleará la libertad, o bien en la cúspide de la pirámide axiológica, o bien como centro de todo sistema. De esta manera, la argumentación en favor de una doctrina o explicación tildada como "liberal", debe discernir obligatoriamente sobre el concepto mismo de libertad, su naturaleza, manifestaciones y límites. La ética liberal, sin entrar en discusiones inacabadas, razonamientos for-

[49] Merquior, José Guilherme. *Ob. Cit.,* p. 30.
[50] Sobre el respecto, *Cfr.* Hayek, Friedrich Von. *Droit, législation et liberté: Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique.* París, Presses Universitaires de France (1992). Y sobre todo, *Cfr.* del mismo autor: *Le mirage de la justice sociale.* París, Presses Universitaires de France (1981).
[51] Vidal, Marciano. *La ética civil y la moral cristiana*. Madrid, Editorial San Pablo (1995) 11.
[52] Aranguren, José Luis. *Ética*. Madrid, Revista de occidente (1972) 23.

zados o los mordaces *distingue frequentur*, formulará dos sencillas preguntas para verificar si una forma de pensar encaja con ella.[53] Éstas son:

> a) ¿Por qué la libertad es un bien y no un mal?
>
> b) ¿Cuáles son los límites de la libertad y en cuáles casos el individuo deja de ser libre?

Si la primera es respondida a favor de otorgarle la cualidad de bien a la libertad, y la segunda, establece aquélla como principio y las limitaciones una excepción, queda autorizada desde el punto de vista ético para llevar el sayo liberal. Sin embargo, a pesar de la proliferación de formas adquiridas por el liberalismo, cada una con métodos y estilos diametralmente opuestos, la ética liberal se alimentará de dos formulaciones que a la larga terminan en un mismo destino. Por un lado, tenemos al utilitarismo anglosajón, y por otro, al racionalismo iusnaturalista continental. Entre ambos existen diferencias insalvables, morfologías hostiles que en varias oportunidades enfrentaron a sus prosélitos.

a) *El discurso liberal utilitario*

El utilitarismo como postura ética, se fundamenta básicamente en lo que Stuart Mill denomina moral de utilidad o principio de la mayor felicidad.[54] El bien del hombre es identificado con la felicidad sin que el bien sea propiamente el concepto de ésta. La felicidad, es definida como toda aquella experiencia que genera placer, y por lo tanto, ausencia de dolor.[55] Frente al escollo y la multiplicidad de interpretaciones ambiguas de desaprobación –advertidas por Mill–[56] sobre

[53] Vergara, Francisco. *Ob. Cit.,* p. 20.
[54] Mill, John Stuart. *El utilitarismo.* Madrid, Editorial Alianza (1960) 45.
[55] Mill, John Stuart. *Ob. Cit.,* p. 46.
[56] "(...) Ahora bien, tal teoría de la vida provoca en muchas mentes, y entre ellas en algunas de las más estimables en sentimientos y objetivos, un fuerte desagrado. Suponer que la vida no posea (tal como ellos lo expresan) ninguna finalidad más elevada que el placer –ningún objeto mejor o más noble de deseo y búsqueda– lo califican como totalmente despreciable y rastrero, como a una doctrina sólo digna de los puercos, a los que se asociaba a los seguidores de Epicuro en un principio, siendo en algunas ocasiones, los modernos defensores de esta doctrina" (...) "Resulta degradante la vida epicúrea con la de las bestias, precisamente porque los placeres de una bestia no satisfacen la concepción de felicidad de un ser humano. Los seres humanos poseen facultades mucho más elevadas que los apetitos animales, y una vez que son conscientes de su existencia no consideran como felicidad nada que no incluya la gratificación de aquellas facultades. Desde luego que no considero que los epicúreos hayan derivado, en modo alguno, de forma irreprochable su teoría de lo que se sigue de la aplicación del principio utilitarista. Para hacerlo de un modo adecuado sería necesario incluir muchos elementos estoicos, así como cristianos. Con todo, no existe ninguna teoría conocida de la vida epicúrea que no asigne a los placeres del intelecto, de los sentimientos y de la imaginación, y de los sentimientos morales, un valor mucho más elevado en cuanto placeres que a los de la pura sensación (...)". Mill, John Stuart. *Ob. Cit.,* p. 47.

el placer y las sensaciones, jerarquiza éstos, predominando los intelectuales sobre los corporales, al igual que lo hiciera Bentham.[57]

La jerarquización del bien desembocará en dos categorías utilitarias, por un lado el *bien supremo*, y por el otro, el *bien subordinado*. A pesar de dividir el placer en jerarquías, Mill reconoce la dificultad de asignarle una definición estable o bien satisfactoria de qué entendemos por bien o placeres superiores. Frente al problema erige al principio de la mayor felicidad como criterio de la calidad del placer y regla para compararla con la cantidad de preferencia experimentada. Un placer es superior cuando ofrece mayor cantidad total de felicidad.[58]

El utilitarismo elevará sus construcciones intelectivas al plano general de las esferas sociales en la Inglaterra protestante. El cálculo utilitario de la ganancia política se concentrará en la mayor suma de felicidad colectiva, categorizada como bien supremo. Para la obtención de este bien, es necesario establecer condiciones para su materialización, siendo la libertad –y el buen Derecho– la mejor de todas ellas. La libertad particular será buena o digna de ser aprobada, en la medida en que ella misma contribuya a la felicidad colectiva. Y será rechazada la libertad cuando entre en conflicto con aquélla, en pocas palabras, cuando no reporte beneficios.[59]

La libertad conduce con mayor certeza que la coacción, a la felicidad colectiva.[60] La humanidad *gana* más dejando a cada individuo vivir como le plazca que obligándolos a vivir como les parece a los demás.[61] La libertad en la concepción utilitaria, asume un valor instrumental imprescindible. Al llevar el predicado de "instrumental", es posible limitarla y circunscribirla a círculos de acción. Los límites a la libertad son explicados por Mill cuando fija las diferencias entre la libertad individual y el dominio de jurisdicción de la sociedad, reconociendo una distinción típica de una doctrina liberal: *los ámbitos de dominio*.

Los ámbitos de dominio serán *públicos* o *privados*. La libertad individual será aquella donde las acciones desplegadas por cada individuo sólo produce efectos en la propia persona, sin repercutir nocivamente sobre los demás, mientras

[57] Bentham clasifica los placeres en puros y fecundos. Los primeros se caracterizan, según el autor, porque no van a estar acompañados ni seguidos por dolor alguno. Los segundos, abran las vías para los otros. Vergara, F. *Ob. Cit.,* p. 33.
[58] Mill, John Stuart. *Ob. Cit.,* p. 53.
[59] Velasco, Demetrio. *Ob. Cit.,* pp. 13-15.
[60] Mill, John Stuart. *Sobre la libertad*. Madrid, Editorial Alianza (1994) 17.
[61] *Ibíd.*

que toda acción contraria, la que pueda afectar a otro sujeto, se incardina dentro de la esfera de la jurisdicción de la sociedad. La jurisdicción de la sociedad es tutelada por el Estado a quien únicamente le corresponde, dentro del contexto, establecer qué acciones se deben autorizar sin restricción, cuáles se deben prohibir y cuáles convienen reglamentar,[62] así también de cómo, cuándo y dónde deben ser reprimidas.[63]

La actividad del Estado, como bien se aprecia de los propios utilitaristas, queda limitada en los casos donde corra peligro esa misma libertad. Un Estado liberal, no es un Estado de absoluta licencia,[64] ya que el conjunto de personas naturales que pactan para su creación, lo hacen precisamente limitando esferas de libertad y así protegerse mutuamente.[65]

Al revisar todas las formulaciones anteriores, el utilitarismo será tierra fértil para el florecimiento liberal. El liberalismo utilitarista no exalta un individuo con libertades o virtudes cívicas de corte político, sino más civil y empresarial. La libertad individual permite realizar el proyecto de vida personal. Tolerará a su vez ensayar nuevos estilos de vida acordes al cálculo ganancial, donde cualquier sistema estará subordinado a producir el mayor beneficio posible.

b) *El discurso liberal racional-iusnaturalista continental*

Para el racionalismo iusnaturalista, la configuración de los derechos naturales deviene de la deducción axiomática, es decir, la construcción de derechos concretos a partir de los principios generales dados por la naturaleza. Los derechos y la dignidad de la persona humana eran obtenidos por el razonamiento directo sobre los atributos naturales de cada uno de los hombres,[66] metodología típica del iusnaturalismo racionalista.

El racionalismo iusnaturalista será fielmente reflejado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Al revisar cada derecho enunciado, encontramos que todo fin social no apunta hacia el cálculo ganancial, generador de la felicidad, sino hacia un viejo postulado de Justicia natural. La ética racionalista postula una sociedad justa. Esa sociedad justa es

[62] Vergara, Francisco. *Ob. Cit.,* p. 45.
[63] Castillo Vegas, Jesús Luis. *Ob. Cit.,* p. 27.
[64] Locke, John. *Two Treatise of government (A critical edition with introduction and notes by Peter Laslett)*. Cambridge, Cambridge University Press (1980) 288.
[65] Hobbes, Thomas. *Tratado sobre el ciudadano*. Madrid, Editorial Trotta (1999) 54.
[66] Gevaert, Joseph. *El Problema del Hombre*. Ediciones Sígueme. Salamanca (1987) 34.

representada en la divisa revolucionaria francesa "libertad, igualdad y fraternidad". Para lograr una libertad completa, llevadera y viable, el iusnaturalismo analizará las acciones individuales, clasificándolas en: a) Las que violan los derechos de los demás, y b) Las que no lo hacen. De esta forma, las limitaciones a la libertad tendrán como criterio justificador no la posibilidad de entorpecer la felicidad colectiva o pública, sino el agravio cometido contra los demás.

Para evitar el agravio de un individuo sobre otro, el Estado asume el papel de garante positivo de todos los derechos,[67] siendo éste el primero en autofijarse los límites de su acción, que como describe Turgot, el poder público jamás debe coartar a los ciudadanos el libre ejercicios de sus derechos.[68]

Para establecer las autolimitaciones del Estado, el liberalismo racionalista diferencia entre los deberes asignados al mismo. Los divide en dos tipos:

a) Los deberes de justicia.

b) Los deberes de beneficencia.

Los deberes de justicia son todos aquellos que garantizan la existencia misma de la sociedad, mientras que los de beneficencia, son los que fijan el bienestar mismo de la sociedad. Entonces, el criterio para determinar la utilización de la fuerza pública estará primeramente en definir la naturaleza del deber que está en juego. Si Estado asume una medida como deber de justicia, entonces es viable limitar cualquier manifestación individual de libertad, por el contrario, cuando se estaba en presencia de un deber de beneficencia.

El liberalismo continental apunta más hacia la construcción de un individuo con una libertad política por encima de todo poder, en lo que Merquior llama el autogobierno individual.[69] El segundo aspecto del andamiaje liberal racionalista, es el problema de la legitimidad del poder, que dependerá, según ve Constant y sus críticos contemporáneos, tanto en el objeto mismo como la fuente de esa legitimidad.[70]

---

[67] Artículo 2° de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789).
[68] Vergara, Francisco. *Ob. Cit.,* p. 53.
[69] Merquior, José Guilherme. *Ob. Cit.,* p. 26.
[70] Holmes, Stephen. *Benjamín Constant and de Making of Modern Liberalism*. New Haven, Yale University Press (1984) 98.

2.2 *ETAPAS HISTÓRICAS DEL LIBERALISMO*

La doctrina del progreso, con su noción concomitante de perfectibilidad,[71] llamada *liberalismo*, parece irreversible. Dominará el universo de los nacientes Estados nacionales. Se consolidará en la Europa occidental acuñada por las potencias imperialistas y se propaga en Alemania, Italia y el oriente europeo. Penetrará también en las nuevas repúblicas latinoamericanas, al adoptarse Constituciones liberales. Se mostrará eficazmente en los Estados Unidos al lograr conciliar los intereses liberales con la nueva forma política llamada democracia.[72]

Con la facilidad de adaptación en los lugares donde penetraba, el liberalismo llegó a presentar modificaciones en su primigenia concepción. Para unas y otras formas, lo primordial será la libertad económica, para otras, la libertad política o social. Esta diversidad ha traído el escollo de cómo periodizar la historicidad de las ideas sobre la libertad de la manera más natural y no crear divisiones artificiales que impidan un estudio pormenorizado del asunto. El criterio más empleado para el estudio histórico, es la típica división por siglos. Cada siglo marcará una intensidad liberal que lo caracterizarán y el Derecho concretado.

a) *El liberalismo modélico*

El liberalismo modélico será el santo grial o *primum fontis*. Será el "*prototipo*" para estas doctrinas que marcarán todo el siglo XIX y buena parte del XX. ¿Y quién sabe sí el XXI? Configuró un cuadro ideológico de valores e instituciones que históricamente allanó el camino para una policidad plenamente liberal posterior.[73]

El liberalismo clásico es patrimonio exclusivo de los economistas políticos ingleses Smith, Bentham y Hume. Marca sus pautas en la segunda mitad del siglo XVIII y el naciente XIX, alimentando los procesos revolucionarios del momento. Todos beberán de sus enseñanzas. Todos caerán ante el atractivo del progreso y la felicidad que trae la consagración efectiva de la libertad. Todos serán capaces de matar por la libertad, así no sepan qué es ella en sí. Todos jurarán defender la libertad, así se restrinjan libertades a los individuos que no la sepan apreciar.

Lo determinante de los liberales clásicos será su contribución –perdurable hasta nuestros días– centrada en la defensa de la sociedad política y económi-

[71] Laski, Harold. *Ob. Cit,* p. 11.
[72] Touchard, Jean. *Historia de las ideas políticas.* (Traducción de J. Pradera). Madrid, Editorial Tecnos (1987) 401.
[73] Merquior, José Guilherme. *Ob. Cit.,* p. 59.

ca secular, y por otra parte, la protección del individuo contra la opresión gubernamental y las imposiciones de algunas instituciones sociales o de cualquier índole. El liberal clásico dejó muy en claro que toda tutela, por muy benigna o celestial que parezca, siempre traerá consecuencias nada provechosas para el individuo.

El liberalismo clásico será para nosotros el *liberalismo ingenuo*, con atisbos de optimismo racionalista. Será inventivo de la institucionalidad, conceptualmente imaginario y mordazmente analítico. Es el liberalismo de los sueños y la denuncia al sistema absolutista enfermo y herido de muerte. Sus conquistas primordiales, serán el respeto y concienciación de los derechos individuales, el mercado y un fuerte gobierno constitucional que respeta el Estado de Derecho.[74] Es esencialmente experimental y analítico, imprudente y arrogante. Es inestable e incansable ante la necesidad de transformar materialmente al mundo. Es tolerante con la religión y las creencias personales, siempre que esas creencias no obstaculizaran a la libertad que les da fuerza. Es escéptico ante las manifestaciones del espíritu, pero cuida de la ascesis valórica como ninguna otra doctrina.

b) *El ultraliberalismo manchesteriano*

Avanzado el siglo XIX, se puede decir que es el siglo ultraliberal. Es el siglo del triunfo y la posesión de lo conquistado en guerra. Hay todo tipo de liberalismos, conservadores, de reacción, de oposición, doctrinario, catolicista y radicalistas, lo que no en vano la revista antiliberal jesuita, *Civiltà Cattolica*, lo llamaría "disparate de la historia".[75] El liberalismo como doctrina progresista se vacía poco a poco de sustancia, pasando de la vanguardia a ser un mero sueño estacionario y detenido. Pierde su talante innovador para acomodarse y dar paso al liberalismo conservador, donde el modelo de hombre burgués impone el ritmo.

La libertad pasa a transformarse en un axioma formal, alejada de la práctica cuando los intereses de la pujante sociedad burguesa no comulgaban con un ideario liberal más allá del comercio, la industria y la religión. Del liberalismo clásico se pasa a uno más conservador cuya figura se resume en la imagen del burgués acomodado en su diván estilo imperio. Este nuevo liberalismo había perdido la ingenuidad e idealismo para salvar al hombre. Un radicalismo marca-

[74] Castillo Vegas, Jesús Luis. *Ob. Cit.,* p. 27.
[75] *Del liberalismo conservatore*. En: *Civiltà Cattolica*. Roma, XI-10 (1882) 289-303.

rá su tránsito por un mundo consolidado y que ve la prosperidad más insólita de todos lo tiempos.

En primer lugar, la intolerancia lo impulsará a concretar un *anticlericalismo radical*, el liberalismo –como apunta Touchard– se muestra más aficionado que nunca a las sociedades secretas (*V.gr*. Masonería, los caballeros templarios, carbonarios, etc.);[76] al ocultismo y toda forma desconocida de la trascendencia, paradójicamente cuando las ciencias puras proclaman su reino positivista. El liberal decimonónico, a pesar de su aconfesionalidad, no deja de creer en lo sobrenatural. A diferencia de los antecesores clásicos que preconizaban la utilidad social de la religión,[77] vista como una religión natural razonable, no encontrará ningún motivo para mantenerlas en pie socialmente, pues la prepotencia de la nueva ciencia, sumado al éxito logrado, acabarán con el derecho de la religión a definir los límites de la ciudadanía.[78] El liberalismo termina asumiendo una postura de infalibilidad ante los problemas del mundo. Dios deja de ser Yahvé, Elohín, Alá y otro de sus tantos nominativos originales para trasmutarse en el Gran Arquitecto del Universo.

La religión pasa al ámbito privado, deja de ser referencia pública para la sociedad entera y el comportamiento individual. Pierde el misticismo. Un individualismo más exacerbado aparece en la escena, ridiculizando cualquier forma institucional de la religión.[79]

En segundo lugar, el ultraliberalismo pierde ese toque universalista para focalizarse en Manchester e imponer *la tesis de esa localidad inglesa conocida como el laissez-faire, laissez-passez*. El desenvolvimiento liberal en Inglaterra había desembocado en la revolución industrial. La libertad de los propietarios, como señala Laski,[80] fue preferida al ciudadano con derechos políticos, lo que permitirá a un mediocre industrial textilero de Manchester, llamado Richard Cobden (1804-1865), replantear el dejar hacer y dejar pasar abordado marginalmente por los economistas liberales clásicos.

---

[76] Touchard, Jean. *Ob. Cit.,* p. 405.

[77] El anticlericalismo liberal clásico, toma su fuente principalmente de la obra doctrinal de Voltaire, para quien la religión era sinónimo de superstición y fanatismo, pero con reconocida utilidad social. *Cfr.*: Touchard, Jean. *Ob. Cit.,* p. 315.

[78] Laski, Harold. *Ob. Cit.,* p. 202.

[79] Una obra, *Le pape musulman* del poeta Béranger, son la muestra hasta dónde había el mundo liberal olvidado la autoridad del Papa y su infalibilidad. El texto cuenta una hipotética historia, donde un grupo de corsarios hacen prisionero al Papa, el cual se convierte en musulmán y tiene su harén.

[80] Laski, Harold. *Ob. Cit.,* p. 203.

Cobden había experimentado los vaivenes del negocio industrial. De antiguo cuidador de rebaños se convierte en un caudaloso fabricante de tejidos de algodón. Pone en práctica su idea maestra en el libre comercio, donde había que comprar lo menos caro posible y vender lo producido al mayor precio posible. Con la *Corn Law League* propaga su tesis por toda Inglaterra, logrando excelentes resultados como la abolición de los derechos sobre el trigo (1846) y del Acta de navegación (1849), ambas, leyes restrictivas de la libertad del comercio.

El trabajador inglés medio era su predilecto, le enseñó el gusto por la independencia, el respeto de sí mismo, la ambición de llegar y el deseo de acumular.[81] El principio de la máxima libertad comercial posible de Manchester, terminará por aniquilar las utopías del liberalismo clásico, donde toda la economía al generar riquezas, consecuentemente, contribuía al fomento del bienestar de toda una sociedad.

En tercer lugar, ese localismo maquinista dará pie al resurgimiento del *nacionalismo liberal*. El siglo XIX, si bien no despierta las nacionalidades, arenga los nacionalismos de los ciudadanos. Como contrapartida de sus antecesores clásicos, el ultraliberalismo tropezaría con el nacionalismo de su tiempo,[82] sea en su estilo económico o romántico, perdiendo el carácter cosmopolita pregonado. La nación y la libertad serán la divisa –afirma un exaltado Michelet–[83] asociándose de manera indisoluble bajo un romanticismo político.

Los nacionalismos libertarios, a juicio de Touchard, serán provocados por escritores y poetas, en países que, por la falta de industria y una clase media comparables con las de Francia, Inglaterra y los Estados Unidos, no conocen los beneficios de la sociedad mercantil.[84] El liberalismo decimonónico atravesará las dos grandes consecuencias de la exaltación al extremo de la condición nacional,[85] por un lado, propiciará la expansión de algunos países europeos, primero, con el pretexto de un mercado mundial, para después establecer colonias dando paso a los grandes imperios que no verán desmoronarse sino hasta la segunda mitad del siglo XX.

---

[81] Touchard, Jean. *Ob. Cit.,* p. 413.
[82] Laski, Harold. *Ob. Cit.,* p. 14.
[83] Barthes, Roland. *Michelet par lui-mème*. París, Editions du Seuil (1954) 87-88.
[84] Touchard, Jean. *Ob. Cit.,* p. 413.
[85] Para un estudio pormenorizado de las consecuencias el nacionalismo, *Cfr.*: Kohn, Hans. *Historia del nacionalismo. (Traducción de Samuel Cosio Villegas)*. México, Fondo de Cultura Económica (1949).

El otro gran efecto nacionalista, será la aparición del chauvinismo con toda la carga de reacciones frente a lo foráneo, a lo que se desconoce y no comparte las mismas características nacionales. La irrupción del estudio sociológico, buscará concentrar la discusión en las grandes identidades nacionales y no en divergencias.[86] Se iniciará una carrera hacia la expansión que mostrará quién es mejor Estado, quién logra la mayor cantidad de posesiones en ultramar y quién se beneficia geopolíticamente con las materias primas provenientes de las colonias, necesarias para alimentar las usinas y talleres de la pujante Europa.

En cuarto lugar, su pasión por las ciencias naturales lo obligan a beber de las fuentes del *evolucionismo biológico*. La posición liberal-conservadora más influyente del siglo XIX, y que marcará con un sello indeleble a las doctrinas liberales, será articulada por el evolucionismo de Spencer. Spencer es un personaje de su tiempo. Admira como la tesis de Darwin sobre el origen de las especies da al traste con la tradición religiosa para explicar la génesis del mundo. Spencer es hijo de la era industrial y que no conoce otra sociedad, sino aquella donde las ciencias y el maquinismo son ontológicamente palpables.

La adaptación del liberalismo frente al evolucionismo encuentra en la obra de Spencer su justificación. Establece una identidad entre la vida social y física, adoptando el principio fundamental de la supervivencia del más apto. La tesis evolucionista establecía que sólo los organismos fuertes, con las capacidades desarrolladas al máximo, eran capaces de mantenerse con vida.

La teoría evolucionista reformará la ética utilitaria y la obligará a replegarse con otra forma más realista. Spencer creía que el "cálculo felicífico" igualitario hacia todos era una tarea imposible.[87] La felicidad será alcanzada con la fecundidad que genera el antagonismo,[88] pues el contraste entre los individuos y grupos en competencia, es la condición *sine qua non* para el progreso técnico y moral de la sociedad. Al final, sólo los mejores y más diestros terminarán con vida.

Para generar el clima favorable al espíritu de la competencia, debía dejarse la mayor libertad posible al individuo, cuando no la inexistencia de sus limitantes. Siguiendo la tradición liberal, los límites de la libertad eran establecidos por el Estado. El Estado al limitar la libertad y promocionar el bienestar, se transforma en un obstáculo para la evolución del principio de adaptación natural que tienen todas las especies. El duro método de la supervivencia del más apto

[86] Laski, Harold. *Ob. Cit.,* p. 81.
[87] Merquior, José Guilherme. *Ob. Cit.,* p. 104.
[88] Bobbio, Norberto. *Ob. Cit.,* p. 29.

debería imperativamente operar para que la civilización avance. De allí la razón por la cual se concibe un Estado reducido a la más mínima expresión.

La tesis spenceriana del Estado inexistente, más que una adaptación de principios biológicos, es más bien una fuerte crítica al crecimiento estatal en todos los ámbitos. Dentro de la ética de Spencer, era inmoral observar cómo el crecimiento del Estado traía consigo el aumento de la burocracia, y para él la burocracia era algo intrínsecamente corrupta, pues requeriría de ingentes recursos para alimentarla, recursos que sólo los más aptos podían acceder. Versión que será retomada por la totalidad de ideólogos neoliberales en el siglo XX para acabar con todo vestigio del Estado del Bienestar.[89]

También se vislumbra en este biologicismo spenceriano, la variante positiva del problema que conlleva un Estado sobredimensionado. El estatismo del bienestar es más inmoral que la misma burocracia, ya que hace artificial toda convivencia. Un gobierno fuerte, intervencionista, que va más allá de sus naturales funciones de seguridad y protección frente a las agresiones externas e internas, termina por crear en la sociedad comportamientos uniformes que sofocan la variedad natural:

> (...) El parentesco de la piedad con el amor se ve patente en que aquélla como éste idealizan su objeto. La simpatía hacia la persona que padece hace que, por el momento, sus faltas sean olvidadas (...) Así, cuando en una época como la nuestra se pintan las miserias de los pobres, el público se las representa como miserias a que se hallan sujetos los pobres virtuosos, en vez de representarles como miserias *sufridas por los pobres culpables*. (...) Viendo cuán numerosos son en tan corto espacio de terreno, se comprende que millares de individuos semejantes deben hormiguear Londres. "No tienen trabajo", se me objetará. Dígase más bien que, *o rehusan trabajar o se hacen despedir inmediatamente por aquellos que los emplean* (...) (cursivas nuestras).
>
> (...) Hay una opinión, que siempre ha prevalecido más o menos y que hoy se preconiza mucho, según la cual todo mal social puede ser remediado y debe serlo por unos u otros. Esta creencia es errónea. Separar la pena de la mala conducta es luchar contra la naturaleza de las cosas, y el pretenderlo sólo conduce a agravar la situación (...) El mandamiento "comerás el pan con el sudor de tu frente", es

[89] Rodríguez-Araná, Jaime. *Reflexiones sobre el estado del bienestar*. En: *Revista Tachirense de Derecho*. San Cristóbal, UCAT, N° 13 (2001) 13.

> sencillamente el enunciado cristiano de una ley universal de la naturaleza, *ley a que debe la humanidad su estado actual de progreso y por la que toda criatura incapaz de bastarse a sí misma debe perecer,* la única diferencia consiste en que en un caso la ley se impone artificialmente, mientras en el otro es una necesidad natural (...) (cursivas nuestras).[90]

Como bien refleja Bobbio, la libertad spenceriana es una libertad de la variedad y la actividad, por sobre el bienestar que genera la pasividad en los gobiernos intervencionistas.[91] Será una libertad que no aceptará la omnipresencia del legislador como arquitecto social, sino otro que reconozca la naturaleza de la evolución.[92] El liberalismo decimonónico marcará definitivamente el sello de su triunfo, pero también las causas de su caída en el crash de 1929.

c) *El neoliberalismo globalizador*

El furor de la sociedad capitalista decimonónica trajo consigo la *belle epoque*. Las ganancias al máximo y la consolidación de una clase social dominante, originó el cambio de cánones de observancia. La ética y el Derecho, piezas esenciales de control social, ya no eran manejadas por castas aristocratizantes sino que se habían convertido en una suerte de fieles garantías para el libre flujo del capital.

La fascinación por el progreso descuidó la observación de las contradicciones y problemas latentes generados por un capitalismo indetenible. Una creciente población obrera veía frente a sus ojos como unos cuantos hombres opulentos les imponía un yugo que difiere poco del de los esclavos.[93] El liberalismo prontamente se verá atrapado en sus consecuencias. El credo de la libertad será aprendido por los hombres. El disgusto frente a la iniquidad generada, así como la creciente pobreza, será el aliciente para las nuevas formas colectivistas de organización socio-jurídica. Pronto aparecerán defensores de los grupos, incentivando al reconocimiento de su clase, como lo propuso Marx, o bien hacia formas de concientización generadas por la propia Iglesia Católica (Von Ketteler).

---

[90] Spencer, Herbert. *El Hombre contra el Estado*. Buenos Aires, Editorial y Librería Goncourt (1980) 29-30.
[91] Bobbio, Norberto. *Ob. Cit.,* p. 27.
[92] Spencer, Herbert. *Ob. Cit.,* p. 87.
[93] León XIII. Carta encíclica *Rerum Novarum* (1891) 5.

El ultraliberalismo es ambicioso, y de la libre competencia sucedió una dictadura económica[94] del *trust* que llevó hasta el peligroso equilibrio de los extremos. La concentración del capital y la fortaleza manchesteriana se le sumó el nacionalismo, y así, se inicia la frenética carrera por el predominio económico entre los imperios del momento, llegando al lamentable capítulo de la Primera Guerra Mundial. Al finalizar la guerra, los derrotados encontrarán la ruina económica impuesta por los vencedores. La paz de Versalles no fue una paz de concordia, sino la paz de la humillación. Los Estados centrales, ante el fracaso, esperan ansiosamente la llegada de la redención. Abandonan las banderas liberales y ensayan formas corporativas como el fascismo o el nacionalsocialismo que persiguen cualquier visión ultraliberal.

Para los años de entreguerras, el sistema liberal parecía ser una especie de *antigualla* decimonónica. Se ensayan nuevas teorías económicas, y el liberalismo para no desaparecer, degradan su antiguo espíritu individualista por uno más social. Este revestimiento dará pie al nacimiento de un *liberalismo social*, que justificaba la interferencia del Estado en los asuntos particulares. Así, bajo un tono más comunitario, irrumpen en la vida pública hombres como Thomas Hill Green y Keynes, con el fin de salvar lo que queda del liberalismo. Fundan las bases del nuevo Estado del Bienestar que reconstruirá a Europa y fortalecerá a los Estados Unidos.

Mientras en occidente el capitalismo pasaba con éxito la dura prueba de la recesión económica, el viejo liberalismo regresará a sus primeras posturas. La población crece y el Estado del bienestar entra en crisis. Los liberales piden su supresión y se esfuerzan teóricamente para demostrar la ineficiencia que trajo el mismo. De esta forma, nacerá el *neoliberalismo* del siglo XX, cuyos máximos expositores serán los economistas Von Hayek[95] y Milton Friedman,[96] quienes reprocharán la ruina económica que conlleva el *Walfare State* por el despilfarro de recursos, la distorsión del juego económico, la ineficiencia de las prestaciones sociales públicas, la inflación, el déficit crónico y la excesiva burocracia.

El neoliberalismo, como apunta Castillo Vegas, no son sólo unas doctrinas económicas con un respaldo teórico, sino que se ha traducido en políticas

[94] Pío XI. Carta encíclica *Quadragesimo Anno* (1931) 65.
[95] Las obras más relevantes del autor, en versión castellana, son: Hayek, Friedrich Von. *Camino de servidumbre*. Madrid, Editorial. Alianza (1985) y *Los fundamentos de la libertad*. Madrid, Unión Editorial (1975).
[96] *Cfr.* Traducciones al castellano de Friedman, Milton. *Capitalismo y libertad*. Madrid, Editorial Rialp (1966) y *Hacia un nuevo liberalismo económico*. Barcelona, Editorial Grijalbo (1980).

concretas.[97] Mucho menos, es *Consenso de Washington*[98] que como un Caballo de Troya, acuñará fórmulas jurídicas para vaciarles los bolsillos a media humanidad.[99] Esas políticas concretas, vislumbradas con mayor fortaleza desde la crisis petrolera de 1973 y la implantación de los gobiernos conservadores de Thatcher (1979-1990) y Reagan (1981-1989), han marcado una influencia que terminará por establecer los destinos del Derecho, la ética, la historia y toda cultura para los próximos 20 años.

Pero, nos resulta más importante establecer las conexiones reales entre el neoliberalismo de nuestros días y el liberalismo clásico, siguiendo las pautas que fija Castillo Vegas. Ambos liberalismos comparten las mismas ideas económicas, pero inexplicablemente ya no abordan los problemas de la policidad de la misma manera. El neoliberalismo ha dado señales inequívocas que le importa poco el Estado de Derecho. Sólo parece interesarse neuróticamente en reducir al mínimo el Estado del bienestar y el Derecho laboral, quizá por ser estos últimos los únicos obstáculos para concretar la utopía de la *catalaxia* de Von Hayek.

Al neoliberalismo poco le interesa el impulso del Estado-nación. Se ha apropiado de la globalización, mostrándola como un logro exclusivo de él, cuando en el fondo no es así.[100] Es más cosmopolita que el liberalismo clásico, pues, ha diseñado nuevos sujetos económicos de trascendencia mundial.[101] El neoliberalismo, es mucho más ágil que su antecesor, ello porque entiende que los nuevos procesos productivos son la clave de la nueva economía.[102] Y es más

[97] Castillo Vegas, Jesús Luis. *Ob. Cit.,* p. 7.
[98] Expone Sebastián Edwards: "(...) John Williamson acuñó el término "consenso de Washington" en 1993, cuando elaboró una lista de diez –y no tres, como señala Stiglitz– áreas de reforma, como una forma de organizar el debate en una de sus conferencias. Muchos especialistas, incluido el propio Williamson, han sostenido desde entonces que la lista era incompleta, que en ella se ignoraban importantes diferencias entre los puntos de vista de diversas instituciones, y que no se escogieron las palabras apropiadas. Más aún, y al contrario de lo que da a entender Stiglitz, Williamson tuvo el cuidado de señalar que uno de los objetivos explícitos de las reformas del "Consenso de Washington" que estaban siendo analizadas a comienzos de la década de 1990 era mejorar las condiciones sociales y la distribución del ingreso (...)". Edwards, Sebastián. *El Nóbel en su descontento: Stiglitz y la globalización*. En: *Revista de Estudios Públicos*. Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, N° 87 (2002) 253.
[99] *Cfr.* Vilas, Carlos. *Seis ideas falsas sobre la globalización*. En: Saxe-Fernández, John. *Globalización: crítica a un paradigma.* México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México (1999) 70.
[100] Beck, Urlich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización.* Barcelona, Editorial Paidós (1998) 169.
[101] Castillo Vegas, Jesús Luis. *Ob. Cit.,* p. 12.
[102] Castillo Vegas, Jesús Luis. *Ob. Cit.,* p. 13.

irreal que la economía liberal clásica, porque da una importancia más radical a la llamada economía financiera que a la economía real.[103] Esa economía financiera es soportada por una movediza infraestructura jurídica de leasing, outsourcing, joint venture, finite risk, franquicias, dinero electrónico con su Derecho,[104] just a time, arbitrajes comerciales, etc. Una economía típicamente de papel y títulos que juega a la especulación como su trivialidad favorita, algo que era impensable para el liberalismo económico de Smith.

Como puede apreciarse, el neoliberalismo no puede comparársele con el esquema de la ideología liberal que se construyera en el siglo XVIII. Más bien, nos parece una reedición del ultraliberalismo decimonónico que viene a reclamar su presea dorada en este mundo desbocado, donde ni siquiera los políticos tienen la capacidad para influir en los acontecimientos de su propio país.[105]

Ahora bien, hasta el momento nos resulta claro cuál es el tipo de liberalismo que nos tiene a su merced. Sin embargo, es necesario abordar hasta dónde el neoliberalismo acepta el dogma liberal de la democracia, pues, sin democracia muy poco puede hacer el Derecho del siglo XXI como instrumento para corregir las grandes injusticias que comete la otrora llamada doctrina de la libertad.

3. LIBERALISMO POLÍTICO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN DISCURSO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Partiendo de los estudios que hiciera el desaparecido Norberto Bobbio, el liberalismo, o mejor dicho, el Estado liberal no es por fuerza democrático.[106] Un cúmulo de contradicciones internas ha llevado al Estado liberal a replantearse la pregunta si la democracia lo perfecciona o por el contrario introduce al hombre a otra forma de esclavitud, con el ropaje de libertad.

Un análisis sin la rigurosidad científica adelantará que la democracia es un producto propio de la filosofía liberal. La democracia[107] como gobierno de la

---

[103] Castillo Vegas, Jesús Luis. *Ob. Cit.,* pp. 14-15.
[104] *Cfr.* Illescas Ortiz, Rafael. *La equivalencia funcional como principio elemental del Derecho del comercio electrónico*. En: *Revista Derecho y Tecnología.* San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira, N° 1 (2002) 9-23.
[105] Giddens, Anthony. *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas.* Madrid, Editorial Taurus (2000) 23.
[106] Bobbio, Norberto. *Ob. Cit.,* p. 7.
[107] Sobre el problema de la definición de la democracia, vale la pena revisar el clásico trabajo de Mayo, Henry B. *A Introduction to Democratic Theory*. Nueva York, Oxford University Press (1960) 21-34.

mayoría, a pesar de la evolución histórica sufrida desde su génesis en la sociedad helénica, es precisamente eso, la regla impuesta por la mayoría, o sea, la regla con base en la cual se consideran decisiones colectivas y, por lo tanto, obligatorias para todo el grupo.[108]

La democracia era para el experimento liberal una hipótesis para ser materializada. Al repasar los autores pre-liberales, así como los liberales clásicos, existían ciertas connotaciones que podían apuntar el éxito democrático. Por un lado, el individualismo con la autoafirmación del sujeto, lo configuraban como un ciudadano con derechos políticos para escoger sus representantes. Por el otro, las tesis favorables hacia el parlamentarismo representativo, por lo menos aseguraba, en teoría, que todos los sectores tendrían la oportunidad para expresarse públicamente. De esta forma, los primeros años del siglo XIX fueron el laboratorio para el ensayo de la democracia. Ésta triunfó en los Estados Unidos, siendo una de las claves para el crecimiento del naciente Estado del norte. La democracia norteamericana abrazó desde el principio el pluralismo de opiniones, permitiendo que todos mostraran su parecer, aunque a la final no fueran efectivamente escuchados.[109]

En Europa las cosas no resultaron como se esperaba. Pronto los teóricos decimonónicos se mostrarán temerosos de una opresión mayoritaria que pudiera aniquilar la libertad individual.[110] ¿Por qué en un lugar dio resultado y en otro no? La respuesta la encontraremos en la conformación de las tradiciones de los Estados. Norteamérica era apenas una nación que carecía de raigambres sólidas o prejuicios heredados de otros tiempos. Europa, por el contrario, estaba muy vinculada a los intereses, relatos y el desencanto que produce el fracaso de los discursos.

El ultraliberalismo ve en la democracia un igualitarismo llevado hasta sus últimas consecuencias. La libertad riñe con la igualdad en los espíritus liberales. La influencia de Spencer, aderezado con la libertad absoluta del laissez-faire y laissez-passez, y las ganancias en incremento, una igualdad enfrentaría la tesis

---

[108] Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia.* México, Fondo de Cultura Económica (1984).
[109] Debe aclararse, que a pesar de consolidar una democracia mayoritaria en los Estados Unidos, el principio pierde fuerza con la adopción de un sistema electoral de segundo grado, donde el pueblo mayoritariamente escoge los grandes electores que conforman los colegios electorales, pudiendo estos últimos expresar su voluntad de manera distinta a la mayoritaria. La ratificación de lo afirmado se puede deducir de las elecciones presidenciales del año 2000, donde el candidato demócrata (Al Gore) obtuvo triunfo en las urnas sobre su contrincante, pero, terminó ganando la Presidencia de los Estados Unidos, el candidato republicano George W. Bush.
[110] Ashford, Nigel y Davies, Stephen. *Ob. Cit.,* p. 186.

y signo propio del ultraliberalismo: *la fecundidad del antagonismo*. Mill mostrará sus reservas contra la democracia al expresar:

> (...) Llegó, sin embargo, un momento en que una república democrática ocupó una gran parte de la superficie de la tierra y se mostró como uno de los miembros más poderosos de la comunidad de las naciones; y el gobierno electivo y responsable se hizo blanco de esas observaciones y críticas que se dirigen a todo gran hecho existente. Se vio entonces que frases como "el poder sobre sí mismo" y el "poder de los pueblos por sí mismos", no expresaban la verdadera situación de las cosas; el pueblo que ejerce el poder no es siempre el mismo pueblo sobre el cual es ejercido; y el "gobierno de sí mismo" de que se habla, no es el gobierno de cada uno por sí, sino el gobierno por todos los demás. Además la voluntad del pueblo significa, prácticamente, la voluntad de la porción más numerosa o más activa del pueblo; de la mayoría o de aquellos que logran hacerse aceptar como tal; el pueblo, por consiguiente, puede desear *oprimir* a una parte de sí mismo, y las precauciones son tan útiles contra esto como contra cualquier otro abuso del poder (...) (cursivas nuestras).
>
> (...) Como las demás *tiranías, ésta de la mayoría fue al principio temida, y lo es todavía vulgarmente, cuando obra, sobre todo, por medio de actos de las autoridades públicas*. Pero las personas reflexivas se dieron cuenta de que cuando en la sociedad misma el tirano –la sociedad colectivamente, respecto de los individuos aislados que la componen– sus medios de tiranizar no están limitados a los actos que puede realizar por medio de sus funcionarios políticos. La sociedad puede ejecutar y ejecuta sus propios decretos; y si dicta malos decretos, en vez de buenos, o si los dicta a propósito de cosas en las que no debería mezclarse, *ejerce una tiranía social más formidable que muchas opresiones políticas, ya que si bien, de ordinario, no tiene a su servicio penas tan graves, deja menos medios de escapar a ella, pues penetra mucho más en los detalles de la vida y llega a encadenar el alma* (...) (cursivas nuestras).[111]

El argumento *supra* transcrito influirá en todo el liberalismo europeo. Se crearán sistemas de elección censitaria, donde el criterio que legitimaba o hacía apto al

[111] Mill, John Stuart ...*Sobre la libertad*.... pp. 58-59.

individuo para el ejercicio del sufragio era la acumulación de propiedades. La democracia liberal decimonónica es la democracia de la propiedad privada.

A la par de Stuart Mill, situamos a Benjamín Constant. El autor en cuestión, delimitando los significados de la libertad para los antiguos y modernos, encuentra en la democracia directa y ampliamente extendida a la mayoría como un extremo peligroso. Simplemente la libertad de los modernos está en entenderla como la satisfacción de los gozos privados, pidiéndole al poder político que no invada nuestra esfera privada, mientras que la de los antiguos, era participar activamente en la vida pública.[112]

El activismo de los antiguos en la vida pública dio lugar a concebir un sistema de mayorías, un sistema donde la mayor cantidad de ciudadanos impusieran las decisiones por vía de la unanimidad y el consenso legalizado. Un moderno, por el contrario, dedicado a los negocios, hollará lo menos posible la esfera política, so pena de descuidar sus intereses. Sin embargo, el liberalismo cedería gradualmente a la democracia un espacio importante. La segunda mitad del siglo XIX trajo las reformas electorales[113] que iniciarán el cambio de actitudes en la mentalidad liberal, y que poco a poco asumirá la postura democrática como una pieza más del rompecabezas inarmónico e incomprensible llamado liberalismo. Algo que parece estar en retroceso en esta sociedad de la información neoliberal, donde la democracia asume el nombre de *netocracia*[114] por el poder de la tecnología informativa como fuerza conductora de la historia, o bien, cuando los Estados se aferran a lo que Dader denomina el "Estado-espectáculo".[115]

Partiendo sobre la afirmación de no encontrar un tipo de liberalismo lineal, con trazos claros evolutivos y rasgos comunes aplicables a toda la miríada de doctrinas tildadas como liberales, el liberalismo modélico, ha sido sucedido por formas sucesivas a las que podemos seguirle la pista como el caso que nos ocupa del neoliberalismo. El pensamiento liberal ha encontrado la forma de adaptarse a cada campo de la actividad humana. Adquiere formas algunas veces efímeras, otras con mayor consistencia, se instrumentaliza en la mayoría de los casos, pero

---

[112] Constant, Benjamin. *Ob. Cit.,* pp. 67-70.

[113] Por ejemplo, la reforma electoral inglesa de 1832, elevó el número de sufragantes de 450.000 a 650.000, únicamente con el fin de asegurar una representación más variada de los industriales y exportadores que crecían como clase social, numéricamente hablando. *Cfr.* Touchard, Jean. *Ob. Cit.,* p. 411.

[114] Para más detalles, *Cfr.* Bard, Alexander y Söderqvist, Jan. *La netocracia. El nuevo poder de la red y la vida después del capitalismo.* Madrid, Prentice Halla (2003) 3-24.

[115] Dader, José Luis. *La personalización de la política.* En: AAVV. *Opinión pública y comunicación política.* Madrid, Ediciones de la Universidad Complutense (1990) 351.

también se teleologiza cuando las circunstancias apremian, o la realidad no le es nada favorable. Al fin y al cabo, sólo ropajes exteriores marcan la diferencia de la idea matriz*: la libertad como parte esencial de la vida humana.*

Como filosofía de inspiración, el liberalismo centra su atención en fundamentar los niveles de la operatividad liberal,[116] primero, a nivel del pensamiento y luego en la sociedad. El discurso filosófico del siglo XIX, es mucho más claro que el propio neoliberalismo de nuestro tiempo.

Dos tendencias polarizarían a los autores en forma contrapuesta. Por un lado, la línea del pensamiento científico natural, marcado en los siglos XVII y XVIII, aparece nuevamente para descubrir una legalidad general de todo lo que realmente acontece. De la otra parte, existe una filosofía idealista, marcadamente alemana, que entiende a ese mismo mundo como un todo aparente, que no es más que el desarrollo de un mundo interior que busca una finalística.

La filosofía del siglo XIX muestra cansancio, pero paradójicamente es mucho más pasionaria que la ilustración. El racionalismo del siglo de las luces agotó el manantial filosófico, generando tensiones contrapuestas y tesis elaboradas con una premura inusitada. Un ataque contra la Revolución Francesa y la crítica mordaz contra toda forma de racionalizar la realidad es puesto al día, "imitar a la naturaleza, por encima de la reflexión, es la sabiduría esencial",[117] encerrará en la persona de Burke un conservadurismo de retorno y del cual nacerán otras formas reaccionarias de vida, gráficamente explicitadas en las *Veladas de San Petersburgo*.[118]

El liberalismo filosófico, como bien lo apuntamos anteriormente, transforma una idea con pretensiones liberales en una pieza de esta telaraña sin forma. Sin echar mano a grandes especulaciones, intima al nuevo discurso para que opine qué lugar merece la libertad como bien, como contenido positivo para el progreso, y si es bueno, por qué en la historia humana se caracteriza por la restricción a toda costa, desde las esferas del poder.

La respuesta a estas interrogantes marcarán la impronta liberal, en cualquier ámbito vital del hombre. Desde la economía hasta el derecho, pasando por la política y la ciencia. El liberalismo filosófico será el manantial inagotable de las demás vertientes liberales más concretas, sea económica, política, doctrinaria

[116] Merquior, José Guilherme. *Ob. Cit.,* p. 16.
[117] Burke, Edmund. *Réflexions sur la Révolution de France.* París, (s.f.) 63.
[118] *Cfr.* De Meistre, Joseph. *Las veladas de San Petesburgo.* Madrid, Aguilar Editor (1946).

o la que aparezca como producto de la evolución histórica. Es como acertadamente señala Burdeau, la filosofía del éxito y la autoconfianza.[119]

La filosofía liberal es demasiado sencilla para ser comprendida. Se es simplemente liberal tanto en creencia como en temperamento, mas no por planteamientos discursivos refinados.[120]

4. HACIA UN LIBERALISMO MÁS DOCTRINARIO. ¿DIRECCIÓN CORRECTA?

A raíz de la Revolución Francesa, surge un grupo de teóricos políticos en el último cuarto del siglo XIX, que bajo el nombre de liberales doctrinarios, formulan una serie de ideas de contornos poco precisos, de escasa concreción y deficiente sistematicidad,[121] para explicar y fundamentar concepciones sobre el Estado, la política, la sociedad, y sobre todo, las bases del sistema parlamentario continental.

Son dispersos. Parecen ser más aficionados al juego político que verdaderos hombres de Estado. En nada se diferencia de la ortodoxia liberal encarnada en Benjamín Constant, salvo el orden y sistematización para exponer los postulados. Metodológicamente, el liberalismo doctrinario, no busca el origen de sus postulados en la racionalización, como lo hicieran los teóricos ilustrados favorables al sistema parlamentario inglés, ni tampoco en la adaptación de una mirada naturalista de las instituciones, propio del *common law* anglosajón. El acento nacionalista debía clarificar distancias entre Francia e Inglaterra.

Los doctrinaristas experimentan a través de la observación sobre las oscilaciones entre posiciones políticas extremas. Saben muy bien qué es el antiguo régimen y qué trae consigo la naciente democracia. Toman el voto, pero lo condicionan a elementos restrictivos y antagonistas al mismo. Del posicionamiento ofrecen la tesis del justo punto medio. Un justo medio que no se asemeje a la democracia instalada en los Estados Unidos, pero que no retome los principios de la monarquía del antiguo régimen.

El más destacado de los doctrinaristas, es a juicio de Diez del Corral y Touchard, Royer-Collard (1763-1845). Hombre de pensamiento realista y práctico,[122] des-

[119] Burdeau, Georges. *El liberalismo político. (Traducción de Gustavo A. Piemonte)*. Buenos Aires, EUDEBA (1983) 27.
[120] Burdeau, Georges. *Ob. Cit.,* p. 11.
[121] Diez del Corral, Luis. *El liberalismo doctrinario*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos (1945) 14.
[122] Diez del Corral, Luis. *Ob. Cit.,* p. 36.

atenderá toda especulación que los *philosophes* cultivaban con la hipótesis y los prejuicios metódicos.

La preocupación de Royer-Collard, estaba en cómo comprender la peculiaridad propia de la realidad humana y social, combinando el sentido realista, con el proceso generalizador y teorizante. Para esta empresa, reúne a su alrededor una sociedad filosófica de la que formaban parte Ampère, Guizot, Maine de Biran, Jouffroy y Cousin. Como resultado, estos hombres desarrollarán la corriente de la filosofía llamada *espiritualista*.[123] Así, Royer-Collard y sus copartidarios, agregarán al liberalismo la carga ecléctica que lo caracterizó por mucho tiempo y que hoy parece mostrarse con los bríos de una composición musical del romanticismo. Un eclecticismo, agrega Cousin, postula la selección de las partes verdaderas de cada sistema, de cada *vérite* que se haya en sí misma".[124] "El eclecticismo no es sincretismo, aunque se asemejan filosófica y gramaticalmente, tanto en la selección y mezcla, discernimiento y confusión".[125]

El eclecticismo espiritualista coloca fe en la democracia, pero restringe el voto a los ciudadanos al máximo, como hoy parece hacer la democracia neoliberal. El Parlamento, centro de la atención liberal doctrinaria, no representa a la nación, sino los intereses de esos ciudadanos.[126] La representatividad de los intereses ciudadanos no se expresa, para la construcción liberal-doctrinarista, en un sufragio universal y popular, sino en la capacidad que sólo podía emanar de los propietarios y las individualidades "superiores" en el entendimiento, pues son los únicos con la aptitud para expresar una opinión de peso. Hoy, esas individualidades superiores pueden concentrarse en la visión del consumidor del mall que conoce cuáles son los problemas reales que lo aquejan.

El liberalismo doctrinario influirá en el continente al introducir su tesis parlamentaria. La idea de la representación de los más elevados intereses había trasladado, a nuestro juicio, la soberanía real de los parlamentos, en una soberanía personal.

Apreciamos que los liberales doctrinarios franceses, más que ser verdaderos filósofos eran hombres entregados a las pasiones políticas de su época, época particularista y reacia a los excesos, pintoresca y dócil ante las ortodoxias levantadas en torno al experimento revolucionario. Lo resaltante de esta vi-

[123] Diez del Corral, Luis. *Ob. Cit.,* p. 39.
[124] Cousin, *Fragments philosophiques*. Préface à la 2e. Édition. Citado por Diez del Corral, p. 40.
[125] *Ibíd.*
[126] Touchard, Jean. *Ob. Cit.,* p. 404.

sión, será la introducción del *eclecticismo político y las posiciones intermedias,* que en pro de mirar el lado positivo de todo lo que se encuentra en el discurso, escudará comportamientos acomodaticios y posturas flexibles ante los contrarios, e incluso, ante los propios prosélitos. Los liberales doctrinarios aprenderán de la lección de Maquiavelo y serán consecuentes con la preservación del siglo liberal: *conservar el poder a toda costa, así sea con los mismos medios que sus oponentes*.[127] Lección que parece entender muy bien el entente conformado por Bush y Blair luego del consenso de Las Azores en 2003, donde originariamente el entonces Presidente del Gobierno Español, José M. Aznar (1996-2004) configuró el grupo.

5. CORRIGIENDO AL SIGLO XXI: ¿RESCATAMOS AL LIBERALISMO MODÉLICO?

Siendo coherentes con el cuerpo del texto ya explicitado, si bien es cierto que la fortaleza liberal es esencialmente económica, los gérmenes del pre-liberalismo serán de corte político, los cuales, pueden entregar los elementos claves para entender el devenir actual de la filosofía liberal. Las doctrinas de Voltaire, Diderot, Locke y Montesquieu volcaron sus primeras miradas al problema político de su tiempo. Había que reivindicar la libertad del poder político.[128] Era necesario concebir un modelo de Estado limitado,[129] impotente para conculcar los derechos naturales del hombre.

Los principios liberales del poder del Estado será el *distributivo*, que marcará las esferas de acción entre los individuos y ese Estado: y el *organizador*, que dará paso a la teoría de la separación de poderes. El Estado, según Bobbio,[130] será el dolor de cabeza común de los liberales, apuntando armónicamente a indilgarle el epíteto de "mal necesario". Delimitada la extensión del ámbito estatal, se dedicó el liberalismo a defender el carácter representativo del gobierno, que en la mayoría de las tendencias se mostrará adaptada al republicanismo democrático, y en otros a una monarquía constitucional. La representatividad política trajo consigo otros problemas, tales como qué era lo que se entendía por aquélla, hasta la verificación ética del postulado.

---

[127] Para más detalles, *Cfr*. Joly, Maurice. *Diálogo en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu.* Barcelona, Muchnik Editores (1987).
[128] Calvez, Jean-Yves. *Ética económica y ética política.* Buenos Aires, Editorial Docencia (1998) 43.
[129] Bobbio, Norberto. *Ob. Cit.,* p. 11.
[130] Bobbio, Norberto. *Ob. Cit.,* p. 22.

El Estado liberal, si en verdad debía representar fielmente a todos los sectores configurantes de la sociedad civil,[131] tenía obligatoriamente que dejar a un lado cualquier confesión religiosa que enfrentara otras creencias opuestas entre sus ciudadanos. El Estado liberal es neutral y sin credo, y de ser una categoría política general –la cual no dejará de serlo– asume la función de ser un criterio más para interpretar la historia.[132]

La representatividad aparejaba otro gran problema que solventar: *la existencia de los privilegios estamentales*. Productos de una sociedad feudal, rompían con la exigencia de la disposición libre de los bienes y la libertad de intercambio. Hacía pesada la coexistencia política, pues una clase o estamento se sentía con derecho a subyugar otra. En pocas palabras, el liberalismo político es enemigo del privilegio de clases.[133] Creemos que esa enemistad con los privilegios podrá ser la fuente futura para enfrentarnos al problema de los grandes oligopolios económicos que amenazan con distorsionar el propio mercado defendido por los neoliberales, y paradójicamente, creados por el neoliberalismo.

Para la materialización de todos estos postulados políticos liberales, era necesaria la presencia real de garantías jurídicas contra las tentaciones intramuros del propio liberalismo. Así, el liberalismo y constitucionalismo primitivo europeo, apunta Fernández Segado, colocaron una gran fe en la ley, maximizándola hasta oponerse a cualquier control sobre ella.[134] Ello se agravará con la entrada en escena de las grandes codificaciones, que bajo un racionalismo y nacionalismo exagerado, justificó la ingenua creencia de poder abolir la historia derogando los estatutos.[135]

---

[131] "La sociedad civil, en la concepción liberal, integra también el mercado". *Cfr.*: Castillo Vegas, Jesús Luis: *La Sociedad Civil, el Estado social y las Organizaciones No Gubernamentales*. En: *Revista Tachirense de Derecho*. San Cristóbal, UCAT, N° 12 (2000) 20.

[132] Bobbio, Norberto. *Ob. Cit.,* p. 31.

[133] Laski, Harold. *Ob. Cit.,* p. 14.

[134] Fernández Segado, Francisco. *Evolución histórica y modelos de control de Constitucionalidad*. En AAVV. *Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid, Editorial Dykinson (1997) 46.

[135] Merryman, John Henry. *Sistemas Legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad*. (Traducción de Eduardo L. Sánchez). México, Fondo de Cultura Económica (1995) 62. Hay una expresión enfática de este tiempo histórico, *"mi profesión de fe es ésta: ¡los textos ante todo! Yo publico un curso del Código de Napoleón"*, se le atribuye a Demelombe, J. G. *Cours de Code Napoleón*. París (1878) 233. También en las clásicas obras de: Maleville, A. *Analise raisonné de la discussion du Code Civile au Conseil d'Etat* (1804); Mourlon, F. *Répetions écrites sur le premier exame de Code Napoleon* (1846); Duranton, A. *Cours de droit français suivant le Code Civil* (1844); Mercade, L. *Explication théorique et practique du Code Napoleon* (1882).

Internamente la Ley definía un orden abstracto de Justicia, con pretensión de estabilidad y permanencia, sobre lo cual los sujetos podrían planificar sus vidas con seguridad y certidumbre, conociendo de antemano el límite de libertad que la Ley les protegía y el alcance exacto de la sumisión al Poder Público.[136] El resultado fue el formidable Principio de la Legalidad[137] que necesariamente debe rescatarse de la lógica mercantilista de la legalidad dúctil del mercado.

El liberalismo tendrá en su haber la formulación del Estado de Derecho (Rechtstaat) como contraposición al Estado policial (Polizeistaat). Von Mohl será el padre de tan impactante principio, que hasta nuestros días, representa el equilibrio del paradigma jurídico moderno.[138] Y para regresar a este equilibrio conocido por los juristas, será necesario conocer más a fondo la idea que nos hizo y continuará construyendo como sujetos en esta sociedad del nuevo milenio: *La filosofía liberal*.

[136] García de Enterría, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid, Edit. Civitas (1999) 50.
[137] Un analizado discernimiento tanto histórico como sustancial del principio de la legalidad, lo encontramos en Moles Caubet, Antonio. *El Principio de la legalidad y sus implicaciones*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana (1980).
[138] Para una revisión sobre el origen y el término del Estado de Derecho, *Cfr.*: Araujo Juárez, José. *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*. Caracas, Vadell Editores (1996).

De la analogía como método de integración en Derecho

Carlos Alberto URDANETA SANDOVAL[*]

SUMARIO:

Introducción
1. **Antecedentes.**
2. **Definición.**
3. **Fundamento y justificación.**
4. **Semejanzas y diferencias respecto de la interpretación en general, de la interpretación analógica, de la interpretación extensiva y de la ficción.**
5. **Clasificación.**
6. **Requisitos de aplicación.**
7. **Límites de aplicación.**
8. **Argumentos *a fortiori*: *a maiore ad minus* y *a minore ad maius*.**
9. **Argumento *a contrario*.**

---

[*] **La Universidad del Zulia**, Abogado, Doctor en Derecho, *Magister Scientiarum* en Derecho Procesal Civil. **Universidad Católica Andrés Bello**, Especialista en Derecho Administrativo. **Universidad Central de Venezuela,** Cursante del Doctorado en Ciencias, mención Derecho. **"Premio de Actividades Científicas Dr. Orangel Rodríguez"**, Ganador del año 1993. **Premio Estímulo "Dr. Leopoldo Sánchez" a la mejor Tesis Doctoral**, Ganador del año 2001. **Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional**, Abogado. Autor de numerosos estudios difundidos en revistas jurídicas especializadas y arbitradas, así como en Libros Homenaje organizados por el Tribunal Supremo de Justicia.

INTRODUCCIÓN

La interpretación supone la existencia de las normas de ley concernientes a una determinada relación de la vida social. Pero ninguna legislación, por comprensiva que sea, puede prever todos los casos posibles de la vida, especialmente los futuros. Y en este sentido puede decirse que en todo sistema legislativo hay lagunas. Mas, por otra parte, siendo toda legislación un conjunto de normas que tienen entre sí una conexión íntima, aunque no siempre aparente dada la unidad del fin que es el ordenamiento de las utilidades humanas, y la unidad de la idea fundamental que es la justicia, dicha legislación puede considerarse un organismo que tiene fuerza propia, si bien latente, de expansión y de adaptación. La que, bien utilizada, puede servir para regular todas las relaciones sociales, aun las no previstas por el legislador. En este sentido se dice que no hay lagunas en la ley y con este fundamento se justifica el principio de las legislaciones modernas, en virtud del cual ningún magistrado puede rehusarse nunca a resolver un caso práctico, a pretexto del silencio de la ley, sin hacerse reo de denegación de justicia,[1] todo conforme al "(...) principio de la plenitud del ordenamiento jurídico, de acuerdo con el cual no existen 'lagunas' en el Derecho que impidan al sentenciador dirimir la controversia sometida a su competencia (*Cfr*: Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia Jurídica*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 359 y ss.)",[2] por lo que "(...) ante una laguna jurídica es necesario recurrir a los medios previstos en el Código Civil. En concreto, lo procedente es recurrir a la analogía y aplicar alguna norma que regule un aspecto similar".[3]

En tal sentido, los órganos judiciales recurren, a fin de lograr alguna objetividad en sus interpretaciones de las normas generales, a diversos métodos interpretativos, así como a ciertos procedimientos retóricos avalados por una antiquísima tradición: *analogía legis*, argumento *a fortiori*, entre otros, los cuales, independientemente de su validez científica, discutible o no, si bien son recursos considerados como propios de la lógica del razonamiento jurídico, no constituyen formas deductivas lógicamente válidas, sino de tópicos retóricos, relativamente formalizados, que los juristas utilizan tradicionalmente, al contrario de esquemas deductivos estrictos, los cuales no suelen ser utilizados expresamente en el discurso judicial.[4]

---

[1] Coviello, N. (1938) *Doctrina General del Derecho Civil*. (Tr.: Tena, F.) México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-americana. p. 91.
[2] Sentencia N° 2956 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 29 de noviembre del 2002 (caso: "Mercedes Carolina Meléndez"). Disponible en: http//:www.tsj.gov.ve
[3] Sentencia N° 312 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 20 de febrero del 2002 (caso: "Tulio Álvarez"). Disponible en: http//:www.tsj.gov.ve
[4] Vernengo, R. J. (1985) *Curso de teoría general del Derecho*. Buenos Aires: Depalma. p. 411.

¿Cómo tiene lugar la utilización del recurso analógico de uno o varios preceptos jurídicos determinados para un caso distinto del suyo? Se distinguen dos posibilidades: o bien el supuesto que se ha de juzgar no está jurídicamente regulado en absoluto, por lo que existe una verdadera laguna, cumpliendo la analogía su verdadera función de método para llenar lagunas; o bien existiendo una regla se le considera insuficiente y necesitada de complemento, existe una falsa laguna, la cual se debe remediar mediante la modificación de la norma que se considera insatisfactoria, cumpliendo la analogía una función correctora.[5] Ahora bien, aun cuando la analogía puede ser entendida indubitablemente como un procedimiento o método de interpretación, a fin de aclarar el alcance jurídico de una norma por otras que regulan situaciones jurídicas semejantes en que aparece más clara la configuración del caso previsto en ella o la determinación de la sanción, la verdad es que han visto la analogía más como un medio de integración de la ley, esto es, como un método para solucionar casos que no se encuentran resueltos por la ley, cubriendo sus lagunas.[6] Será este último aspecto, por lo demás significativo dentro del análisis de la analogía jurídica, el que nos permitiremos desarrollar en las líneas que siguen.

1. ANTECEDENTES

El medio principal para llegar a la fuerza orgánica y latente del Derecho y disciplinar así los casos no expresamente contemplados, es el procedimiento por analogía.[7] Analogía es vocablo que deriva del griego *ana logon* = según la razón[8] y, en sentido gramatical, significa tanto como relación de semejanza entre cosas distintas.[9]

La analogía se comenzó a usar en sentido cuantitativo (de proporción matemática) y posteriormente, a partir de Aristóteles, en sentido cualitativo.[10] Fue precisamente Aristóteles (384-322 a.C.) el primero en estudiar la analogía consi-

[5] Nawiasky, H. (2002) *Teoría general del Derecho*. (Tr.: Zafra Valverde, J.) Granada: Comares. pp. 158-159.
[6] Rodríguez Paniagua, J. M. (1976) *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*. Madrid: Tecnos. pp. 107-108; Ducci Claro, C. (1997) *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*. (3ª ed.) Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. p. 63.
[7] Coviello, N. *Ob. Cit.,* p. 91.
[8] Puig Brutau, J. (1989) *Fundamentos de Derecho Civil*. (2ª ed.) Barcelona: Bosch. Tomo preliminar. p. 322.
[9] Castán Tobeñas, J. (1984) *Derecho Civil español, común y foral*. (12ª ed.) Madrid: Reus. Tomo I, Volumen I. p. 568.
[10] De Castro y Castro, F. (1984) *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas. Parte general. p. 480.

derándola como "igualdad de proporción",[11] hallándose el razonamiento por analogía aludido con el nombre de *paradeigma* o paradigma (traducido luego del latín como *exemplum*) en su *Organon* (*Analitici priores*, II, 24) y explicándose mediante el consecuente modelo: "La guerra de los focenses contra los tebanos es mala; la guerra de los atenienses contra los tebanos es similar a la guerra de los focenses contra los tebanos; la guerra de los atenienses contra los tebanos es mala".[12] También fue este célebre filósofo griego quien reconoció que la analogía es una conclusión híbrida compuesta de deducción e inducción, pues comienza, como en la inducción, con el caso y termina, como en la deducción, con el resultado.[13]

En el Derecho romano algunos textos parecieron admitir un criterio analógico, basándose la aplicación de una regla, a casos no previstos por ella, en la similitud de los casos o en que tiendan al mismo resultado, por lo que la glosa, partiendo de ellos, dio la fórmula general de la analogía (*procedam de similibus*

[11] Legaz y Lacambra, L. (1979) *Filosofía del Derecho* (5ª ed.) Barcelona: Bosch. p. 535.
[12] Bobbio, N. (1987) *Teoría General del Derecho*. (Tr.: Rozo Acuña, E.) Bogotá: Temis. p. 234.
[13] Aristóteles. *Retórica* I. 1357 b. *Apud*. Kaufmann, A. (1999) *Filosofía del Derecho*. (Tr.: Villar Borda, L. y Montoya, A. M.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 164.
El método deductivo parte de lo general y desciende a lo particular, proporcionando seguridad absoluta; el método inductivo parte de lo singular o lo particular y asciende a lo general, brindando seguridad si es completa, porque infiere lo general después de haber observado todos los casos particulares, y ofreciendo sólo probabilidad si es incompleta, al generalizar lo particular habiendo examinado sólo algunos de los casos existentes. La analogía se ubica entre deducción e inducción, ya que parte de lo particular e infiere una regla general (inducción), pero ello sólo a fin de derivar de esta regla una consecuencia para otro caso particular (deducción), por lo que va de lo particular a lo particular, a través de una regla general. *Vid*. Goldschmidt, W. (1981) *Introducción Filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes* (6ª ed.). Buenos Aires: Depalma. p. 352.
En nuestro país, de manera análoga y en adherencia a la tesis de Aristóteles, se ha dicho que el razonamiento analógico es una combinación del razonamiento por inducción y del razonamiento por deducción; esto es, se razona desde un particular –la norma (o conjunto normativo) que regula un supuesto de hecho (o varios) considerado semejante al caso concreto no previsto normativamente– y se extrae un principio o regla general (a este nivel se está empleando la inducción) que se va a aplicar, deductivamente, a ese caso concreto no regulado jurídicamente. *Vid*. Petzold Pernía, H. (1984) *Interpretación e integración en el Código Civil venezolano – hermenéutica y argumentación–*. Maracaibo: Instituto de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de La Universidad del Zulia. p. 196.
Recientemente, además de la deducción, inducción y analogía, se ha identificado dentro de la doctrina del método jurídico otra conclusión: la abducción, que es la conclusión de lo especial a lo especial, sobre lo general; de un caso (resultado) a otro caso, sobre la regla, produciendo una conclusión insegura, sólo una hipótesis. Por ejemplo: R. Estos fríjoles son blancos. N: Todos los fríjoles de este costal son blancos. C: Estos fríjoles podrían ser de este costal. *Cfr*. Kaufmann, A. *Ob. Cit.,* pp. 150-151.

ad similia) e incluyó a la analogía entre los procedimientos admitidos de interpretar las leyes, aumentando su importancia con los postglosadores, que la utilizan para evitar acudir al príncipe (*ultimum recursus*) para pedirle que decida una cuestión legalmente no prevista.[14] Se debe recordar también el pasaje del Digesto: "*Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet*" (10 D. de leg, 1, 3).[15]

Durante la Edad Media, la *analogía entis* constituyó el eje de la ontología y de la teoría del conocimiento[16] y el *argumentum a simili* se consideró el procedimiento más eficaz para llevar a cabo la denominada *extensio legis*.[17] Así, en el Renacimiento Alciato (1491-1550) popularizó el axioma *ubi eadem ratio, ibique eadem legis dispositio* y un valor más amplio asumió cuando Hopper (1523-1576) utilizó a la analogía para la interpretación, y como último recurso a que acudir en la dificultad de tener que escoger entre dos disposiciones contradictorias.[18] Bacon (1561-1626), en la época moderna, insistió sobre el papel de la analogía como "anticipación mental" de conexiones probables (ya que lo que es razón una vez, probablemente lo es siempre).[19]

Con el predominio de los padektistas alemanes cambió el papel modesto atribuido a la analogía, pues la escuela histórica sostuvo que la analogía hace nacer una nueva regla jurídica en virtud de la unidad orgánica del Derecho (Savigny) y que es uno de los modos de creación jurídica en que se manifiesta el Derecho de los juristas (Puchta), lo que generalizó la idea de que la semejanza de un caso con el regulado por una ley (*analogía legis*), o con la regulación de todo el Derecho (*analogía iuris*), hace brotar reglas jurídicas que nacen del mismo ordenamiento jurídico, convirtiéndose la analogía, en ese momento, en el medio integrativo por excelencia, por virtud del cual el Derecho legislado crece, alimentándose sólo de su propia subsistencia, mediante su desarrollo lógico o dialéctico.[20]

[14] De Castro y Castro, F. *Ob. Cit.,* pp. 478-479.
[15] *Apud*. Bobbio, N. *Ob. Cit.,* p. 234.
[16] Legaz y Lacambra, L. *Ob. Cit.,* p. 535.
[17] Bobbio, N. *Ob. Cit.,* p. 234.
[18] De Castro y Castro, F. *Ob. Cit.,* p. 479.
[19] Legaz y Lacambra, L. *Ob. Cit.,* p. 535.
[20] De Castro y Castro, F. *Ob. Cit.,* p. 479.

2. DEFINICIÓN

Atienza[21] logra identificar tres conceptos de analogía, los cuales tienen en común la idea de semejanza o similitud:[22] i) analogía como juicio o proporción que incluye semejanza entre relaciones, relevante en los procesos de descripción y explicación del Derecho, vale decir, en el plano del conocimiento jurídico; ii) analogía como argumento que permite pasar de lo particular a lo particular, de lo semejante a lo semejante, conduciendo sólo a conclusiones probables, salvo que la premisa tenga forma de una proporción matemática, siendo además que cuando se habla de "analogía jurídica" sin más debe entenderse por tal este concepto, esto es, en relación con el proceso de interpretación y aplicación del Derecho; iii) analogía como atributo que se predica de ciertos términos que no son ni unívocos ni equívocos, que es la analogía de atribución de los escolásticos, la cual hoy es referida por expresiones como "conceptos imprecisos", "conceptos vagos", "tipos" o "conceptos borrosos", pues son conceptos que se aplican, *prima facie*, a un caso central y, en forma derivada (analógica) a los casos de la penumbra, como por ejemplo, el concepto de Derecho, el cual se aplica tanto a los sistemas jurídicos estatales evolucionados como a los Derechos de las sociedades primitivas o al Derecho internacional.

---

[21] Atienza Rodríguez, M. (1986) *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas. pp. 32-34 y 179-180.

[22] En la *Common law* precisamente se ha definido la *analogy* como *identity or similarity of proportion, where there is no precedente in point. In cases on the same subject, lawyers have recourse to cases on a different subject-matter, but governed by the same general principle. This is reasoning by analogy. The similitude of relations which exist between things compared*. *Vid*. Black, H. C. (1990) *Black's Law Dictionary*. (Sixth ed.) St. Paul, Minn.: West Publishimg. p. 84. Por cierto, en dicho ámbito el criterio tradicional es que las normas legisladas, en el sentido de *atcs* o de *statutes*, que derogan normas del *Common law* han de ser objeto de interpretación estricta (*strictly construed*), aunque tal tendencia va siendo superada; mientras el conjunto de normas derivadas del *case law* o Derecho jurisprudencial, consecuencia del uso del precedente como técnica, únicamente son susceptibles de desarrollo por analogía, por lo que se dice que la esencia del Derecho inglés está en su desarrollo por analogía, en tanto se da por supuesto como algo indubitable que existen lagunas de regulación, al ser un Derecho que tiene por base el sistema de los precedentes judiciales, aunque progresivamente se ha reestructurado en un cuerpo de normas de posible sistematización, como lo ha demostrado el *Restatement*. *Cfr*. Puig Brutau, J. *Ob. Cit.,* pp. 327 y 319.

Una segunda acotación tiene que ver con el hecho de que la distinción entre el argumento *a simili* y el precedente no es de tipo lógico, sino de naturaleza argumentativa, pues en el primero, el nuevo caso tiende a configurarse como una ilustración de una norma ya existente, con lo cual se amortigua la actividad creadora del juez; mientras en el segundo, el nuevo caso aparece como un ejemplo que ayuda a configurar la norma, vale decir, a reformular el precedente, con lo que aparece patente la función innovadora del juez. *Vid*. Atienza Rodríguez, M. *Ob. Cit.,* p. 186.

En cuanto a la analogía jurídica, razonamiento jurídico por analogía o aplicación analógica de enunciados jurídicos, si bien es cierto que constituye el más típico y el más importante de los procedimientos interpretativos de un determinado sistema normativo, al permitir explicar la denominada tendencia de todo sistema jurídico a expandirse más allá de los casos expresamente regulados,[23] a los fines de la presente investigación "(...) si se quiere utilizar una terminología jurídica más correcta, es necesario hablar de **integración** de dicho sistema (constitucional), toda vez que las lagunas de colisión o antinomias de éste, deben ser colmadas integrativamente", tal y como lo expresó la sentencia de la Sala Constitucional N° 759 del 16 de mayo del 2001 (caso: "Asamblea Nacional").[24]

Bajo tal perspectiva, la analogía se define tradicionalmente como aquella que se presenta cuando uno de los enunciados jurídicos o reglas, que se ha formulado en la ley para un supuesto de hecho determinado (A), o para varios supuestos de hecho similares, se aplica o traslada a un supuesto de hecho distinto (B), no regulado en la ley, "similar" a aquel, que coincide con el primero en los aspectos esenciales;[25] o como "la extensión (aplicación extensiva) de los principios extraídos de la ley a casos, cuya divergencia respecto a los decididos en la ley no es esencial (jurídicamente análogos o iguales en esencia)".[26]

Por lo tanto, es el instrumento técnico que sirve para llenar las lagunas de la ley, utilizando la expansión o fuerza orgánica del Derecho positivo, mediante la aplicación extensiva de los principios extraídos de la norma a un caso no previsto por ella, pero que presenta igualdad jurídica esencial con otro u otros que la norma regula,[27] por lo que en la analogía aquello por conocer no va a ser conocido en sí (en su esencia) sino en una relación que tiene con respecto a otro que es más conocido constituye.[28]

---

[23] Bobbio, N. *Ob. Cit.,* p. 234.
[24] Disponible en: http//:www.tsj.gov.ve
[25] Larenz, K. (1994) *Metodología de la Ciencia del Derecho*. (Tr.: Rodríguez Molinero, M.) Barcelona: Ariel. p. 374; Klug, U. (1998) *Lógica Jurídica*. (Tr.: Gardella, J. C.) Santafé de Bogotá: Temis. p. 139.
[26] Ennecerus, L. y Nipperdey, H. C. (1953) *Tratado de Derecho Civil. Derecho Civil (Parte general)*. (Tr.: Pérez González, B. y Alguer, J.) Barcelona: Bosch. Primer tomo, volumen I. p. 212.
[27] Castán Tobeñas, J. *Ob. Cit.,* p. 569.
[28] Kaufmann, A. *Ob. Cit.,* p. 165.

3. FUNDAMENTO Y JUSTIFICACIÓN

Como ya nos hemos podido percatar, el "método de analogía" consiste en trasladar a una situación de hecho *a* una regla *b*, que no le es directamente aplicable, pero que se refiere a una situación de hecho análoga, *verbi gratia*, la analogía se funda, no sobre la identidad de los hechos jurídicos, sino sobre la identidad del motivo de la norma, ya que descubre que dos casos suscitan igual razonamiento jurídico, y entonces aplica a uno de ellos (no previsto) la ley dictada para otro, en tanto la comparación entre los dos muestra que debe haber un mismo punto de vista de regulación.[29]

Un primer punto que ha discutido la doctrina en este aspecto, es si la validez del procedimiento analógico radica en su estructura lógica o no. Quienes sostienen la tesis afirmativa, como Norberto Bobbio, consideran la analogía un razonamiento de certeza y no un razonamiento de probabilidades, sirviendo dicho criterio para distinguir la verdadera de la falsa analogía y para considerar la analogía jurídica sólo un caso particular de la analogía lógica, de modo tal que, como expresa Legaz, aquélla es justa en tanto que es lógica y de negarse la solución que ésta aporta, siendo previa al legislador, constituye un atentado al principio de razón. Sosteniendo la tesis negativa, autores como Carlos Cossio han afirmado, con razón a nuestro humilde entender, que mientras "la analogía es la verdad de una igualdad; la analogía jurídica es la justicia de la igualdad", pues establece que es justo, en base a un juicio de valor y no mediante un raciocinio lógico o un principio lógico de la igualdad jurídica, tratar igualmente dos casos iguales, constituyendo, en definitiva, un juicio de valor emitido por el Derecho sobre la analogía lógica.[30] En concepto de Cossio:

> la analogía jurídica no radica en la identidad de razón y la afinidad de hecho de los términos correlacionados, ni del ascenso de lo singular a su género para luego descender de éste a otro singular: todo esto es analogía lógica. La analogía jurídica establece la justicia de un igual trato para dos casos esencialmente iguales: es decir, establece la justicia de la igualdad, lo que, sin duda, es un juicio de valor sobre el proceder de la razón cuando la referencia normativa incide sobre este proceder. Y este juicio de valor es lo que da sentido jurídico a la analogía lógica involucrada en una norma. Se habla, pues, de analogía jurí-

[29] Recaséns Siches, L. (1975) *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa. p. 326.
[30] *Vid*. Rodríguez-Arias Bustamante, L. (1961) *Ciencia y Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: EJEA. pp. 646-647.

> dica cada vez que está como fundamento este juicio de valor. Es así que la analogía jurídica sólo es una estimación de la analogía lógica, o, acaso, del raciocinio en general, en la tesis muy atendible de que la analogía siempre es lógicamente o inducción o deducción…
>
> Con la analogía el legislador únicamente señala o indica los contenidos axiológicos que en un primer término han de ser tenidos en cuenta por la interpretación judicial que consuma la sentencia en estos casos; y este cambio en la posición del problema encuentra su fundamento en la circunstancia de que la analogía ha sido valuada como justa, previamente, por el legislador.[31]

Supone entonces la analogía un previo juicio de valor sobre dos situaciones de hecho, la prevista y la imprevista, pues lo que justifica la aplicación de la disposición de una ley a un caso no previsto en su supuesto, no es la simple analogía de situaciones, sino la existencia de razones iguales para resolver uno y otro del mismo modo, de modo tal que decidir si dos hechos deben producir las mismas consecuencias de derecho no es problema lógico, sino axiológico, ya que supone un juicio de valor sobre aquéllos.[32] Esto indica que en el fundamento de la validez del procedimiento interpretativo o integrativo de la analogía hay una dimensión mental lógico-formal irrenunciable, pero esta dimensión no agota su esencia, pues en ella predominan los aspectos axiológicos y teleológicos del sistema normativo, un proceso de pensamiento valorativo imposible de reducir a un sistema de lógica formal,[33] que utiliza como criterio la referencia a un valor a fin de distinguir de la multiplicidad de hechos individuales los esenciales de los no esenciales,[34] lo cual confirma la tesis de García Bacca sobre que el Derecho no es lógico, sino logoide, tiene una lógica particular que no es estrictamente racional, pues no persigue demostrar, sino que trata de persuadir y convencer.[35]

---

[31] Cossio, C. (1947) *La plenitud del ordenamiento jurídico y la interpretación judicial de la ley* (2ª ed.) Buenos Aires: Editorial Losada. pp. 221-223 y 227. *Apud*. Pacheco G. M. (1993) *Teoría del Derecho* (reimpresión de la 4ª ed.). Bogotá: Editorial Temis/Editorial Jurídica de Chile. p. 412.

[32] García Maynez, E. (1980) *Introducción al Estudio del Derecho*. (31ª ed.) México: Porrúa. p. 370.

[33] Atienza Rodríguez, M. *Ob. Cit.,* pp. 180-181; García Maynez, E. (1997) *Filosofía del Derecho*. (9ª ed.) México: Porrúa. p. 305; Delgado Ocando, J. M. (1996) *Curso de Filosofía del Derecho Actual*. Caracas: Vadell Hermanos. pp. 389-390; Larenz, K. *Ob. Cit.,* pp. 374-375; Legaz y Lacambra, L. *Ob. Cit.,* p. 539; Nawiasky, H. *Ob. Cit.,* pp. 159-160; Reale, M. (1993) *Introducción al Derecho*. (10ª ed.) Madrid: Pirámide. p. 242.

[34] Radbruch, G. (1999) *Filosofía del Derecho*. (4ª ed.) Granada: Comares. p. 156.

[35] García Bacca, J. D. *Apud*. Zerpa, L. I. (2001) *La argumentación jurídica*. En: *Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. pp. 165-166.

Determinado lo anterior, debemos afirmar que el fundamento de la integración analógica de las lagunas no es la presunción de la voluntad del legislador, que si hubiese previsto un caso determinado, lo habría regulado de una manera cierta; es más bien el principio general del Derecho, la exigencia de la justicia de tratar igualmente lo igual, el llamado "de la igualdad substancial": allí donde existe la misma razón jurídica debe existir la misma disposición; por lo que, para que una laguna pueda llenarse por analogía no basta la simple semejanza del caso imprevisto con otro previsto por la ley, sino una razón jurídica común, esto es, válida para ambos casos,[36] pues el traslado debe basarse en que, debido a su similitud, ambos supuestos de hecho, que no deben ser absolutamente iguales ni desiguales entre sí, han de ser valorados igualmente en los aspectos decisivos para la valoración legal.[37]

Von Tuhr asienta al respecto lo que sigue:

> (…) La analogía, como la interpretación moderna en general, se funda en un postulado que establecemos para el orden jurídico: la ley debe ser razonable y clara; y, así como en el orden de la naturaleza consideramos un axioma que causas iguales producen iguales efectos, así también pretendemos que la ley establezca efectos iguales para situaciones iguales en su esencia. Cuando un precepto jurídico está formulado de manera tan estricta que no puede ser aplicado, por interpretación, a un caso esencialmente igual, o cuando una determinada situación no puede ser considerada por el legislador, por no encontrarse en su experiencia, entonces nuestra representación interior del orden jurídico como un todo armónico, nos exige que reconozcamos, junto a la norma escrita, una norma paralela para la situación análoga, a la cual ésta sirva de modelo. El precepto nuevo está comprendido en el espíritu y en el sistema de la ley. Empleando la analogía, el juez se basa en la idea de que el precepto, que quizás reconoce y formula claramente por primera vez en su fallo, es una parte de la ley que no llegó a exteriorizarse.[38]

Vale decir, que la analogía se justifica por el carácter del ordenamiento jurídico como un sistema unitario regido por grandes principios objetivos,[39] respon-

---

[36] Coviello, N. *Ob. Cit.,* pp. 91-92; García Maynez, E. *Ob. Cit.,* p. 311; Delgado Ocando, J. M. *Ob. Cit.,* p. 391; Maximiliano, C. (1996) *Hermenéutica e aplicação do direito*. (16ª ed.) Rio de Janeiro: Forense. p. 210.

[37] Larenz, K. *Ob. Cit.,* p. 374.

[38] Von Tuhr, A. (1946) *Derecho Civil. Teoría general del derecho civil alemán*. (Tr.: Rava, T.) Buenos Aires: Depalma. Volumen I, Tomo 1. pp. 58-59.

[39] Nawiasky, H. *Ob. Cit.,* p. 159.

diendo al principio de que el Derecho es un sistema de fines, pues si el sistema jurídico constituye un todo que obedece a determinadas finalidades fundamentales, al extender a un caso no previsto por la norma lo que el legislador previó para otro semejante, resulta preciso presuponer que, existiendo identidad de razón jurídica en los casos análogos, haya también identidad de disposición o precepto jurídico, vale decir, *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*, con lo que estamos obedeciendo al orden lógico substancial del sistema, a su razón intrínseca.[40]

En otro giro: del pensamiento patente del legislador en un lugar del sistema se infiere su pensamiento presunto en otro lugar del mismo,[41] por lo que la analogía permite resolver uno de los problemas básicos de cualquier ordenamiento jurídico: la innovación del sistema conservando su estructura, verbigracia, la reducción de la complejidad del medio social al permitir la adecuación de un sistema constituido por un conjunto de normas fijas, a un medio en constante transformación.[42] La dificultad consiste en decidir la semejanza y el grado que ésta alcanza, y particularmente en valorar la identidad de razón, que ha de justificar la aplicación a determinado supuesto de la consecuencia prevista para otro.[43]

4. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS RESPECTO DE LA INTERPRETACIÓN EN GENERAL, DE LA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA, DE LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA Y DE LA FICCIÓN

La analogía no puede llamarse una simple interpretación, pues no lleva a la aplicación mecánica de una norma existente a un caso no comprendido en ella, sino que su objeto es la búsqueda de un principio más elevado y general, que es aplicable a los dos casos semejantes. Mas, no es tampoco una creación de normas jurídicas, porque el principio que se descubre con el procedimiento analógico, se encuentra ya implícitamente contenido en la ley que tenía en sí la

[40] Reale, M. *Ob. Cit.,* p. 242.
[41] Nawiasky, H. *Ob. Cit.,* p. 159.
[42] Atienza Rodríguez, M. *Ob. Cit.,* p. 180.
En tal sentido, Zerpa nos recuerda que el sistema jurídico debe reunir cuatro condiciones básicas para ser tal: i) debe ser completo, pues el sistema debe ofrecer respuestas a todas las situaciones que se planteen, ii) debe ser no redundante, en tanto no deben haber normas ubicadas en el mismo nivel que cumplan la misma función, porque eso va contra la economía del sistema; iii) no puede ser contradictorio, pues el sistema supone que las normas deben ser construidas y armonizadas entre sí, y de producirse la antinomia, proporcionará los criterios para solucionarlas; iv) debe ser operativo, ya que debe cumplir las finalidades sociales que tiene asignadas. *Vid*. Zerpa, L. I. *Ob. Cit.,* pp. 197-199.
[43] Diez-Picazo y Gullón. (1978) *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos. Tomo I. p. 221 y ss. *Apud*. Puig Brutau, J. p. 322.

potencialidad de adaptarse al caso no previsto por el legislador.[44] Desde tal óptica, la analogía debe ser distinguida conceptualmente de la interpretación en que ésta es una corrección o complementación de la voluntad de la ley imperfectamente expresada en su tenor literal, pero siempre se trata de voluntad expresada en la ley.[45] Además, en general, la analogía entra en juego después de la interpretación, incluso de la interpretación extensiva; de modo tal, que si sentamos la regla de que la interpretación encontrará sus límites allí donde el sentido literal no coincida con una decisión jurídica (Heck, por ejemplo, decía que "El límite de las hipótesis de interpretación es el texto posible"), en tal límite comienza a actuar el razonamiento por analogía.[46]

También debe ser diferenciada la analogía de la interpretación analógica, pues cuando una norma de manera expresa autoriza al intérprete para que también la aplique a supuestos semejantes, análogos a los que ella misma deja establecidos, nos encontramos en sede de la llamada interpretación analógica en el que la norma remite a conceptos cuya delimitación se confía al operador jurídico, más que del propio razonamiento por analogía en el que se pretende actuar una institución que no está en la expresa voluntad y pensamiento de la ley.[47] La interpretación analógica se verifica por vía de las llamadas "cláusulas legales de analogía", las cuales aparecen cuando la ley utiliza expresiones destinadas a extender el sentido de los términos legales a supuestos similares, de modo que se aplica la propia ley dotándola previamente de contenido a través de la interpretación,[48] por lo que pueden considerarse integrantes del género "con-

[44] Coviello, N. *Ob. Cit.,* p. 93.
[45] Lehmann, H. (1956) *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. (Tr.: Navas, J.) Madrid: Revista de Derecho Privado. Vol. I. p. 97; Von Tuhr, A. *Ob. Cit.,* p. 57.
[46] Engisch, K. (1967) *Introducción al pensamiento jurídico* (Tr.: García San Miguel, L.) Madrid: Ediciones Guadarrama. p. 185.
[47] Puig Brutau, J. *Ob. Cit.,* p. 325, con base en Villar Palasí, J. L. (1975) *La interpretación y los apotégmas jurídico-lógicos*. Madrid: Tecnos. p. 178; Jiménez de Asúa, L. (1964) *Tratado de Derecho Penal*. (4ª ed.) Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. Tomo II. p. 525.
[48] Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (1996) *Derecho Penal. Parte general*. (2ª ed.) Valencia: Tirant lo Blanch. p. 125.
Posición en contrario han asumido algunos autores –como en España Rodríguez Devesa a quien se adhiere Arteaga Sánchez en Venezuela–, quienes sostienen que no son casos de analogía aquellos supuestos en que la ley hace una enumeración *ad exemplum* y luego utiliza la expresión o referencia a otros casos semejantes, o a cualquier otro caso, o fórmulas parecidas, pues en estas hipótesis, la última mención es la que tiene valor como elemento de la descripción legal y los casos enumerados sólo sirven para orientar al intérprete, en tanto se trata de casos cuyos límites deberán ser fijados por el intérprete, no constituyendo tampoco supuestos de interpretación analógica por carecer esta expresión de sentido y resultar inútil, en tanto no deja de cumplir una función integrativa la analogía cuando por texto expreso de la ley se acepta el recurso analógico,

cepto indeterminado" en tanto concepto cuyo contenido y alcance es en gran medida incierto, aunque cabe aclarar que dentro del Derecho son poco frecuentes conceptos absolutamente determinados, como sí es el caso de los conceptos numéricos utilizados en Derecho.[49]

Es diversa igualmente la analogía de la interpretación extensiva del Derecho, supuesto que, no obstante la diferencia del nombre, es un caso de aplicación del razonamiento por analogía,[50] ya que ésta sólo se limita a regular la producción normativa aclarando el contenido de la ley frente a una expresión demasiado estrecha de su pensamiento, en tanto que la analogía impulsa o extiende ese pensamiento en una determinada dirección que trasciende el contenido actual de la ley.[51]

Ross describe la interpretación extensiva (interpretación por analogía) de la siguiente manera: Si según su "sentido lingüístico natural" una regla se aplica a la esfera A), su extensión a la esfera B) presupone, primero, que milita una valoración jurídica a favor de la aplicación de la misma a la esfera B), la cual puede fundarse en particular en la concepción de que la regla es una formulación parcial, una revelación incompleta y esporádica de un punto de vista más general, y segundo, en que no hay diferencia entre A) y B) que puedan justificar el diverso tratamiento de los dos casos, pues, por ejemplo, si una ley antigua utiliza palabras tales como "él" y "hombre", se puede sostener que en el Derecho actual ya no subsiste la diferenciación jurídica entre hombres y mujeres, por lo que la ley, debe extenderse por analogía a las últimas.[52]

---

pues ello llevaría a concluir que tampoco el Código penal ruso de 1926 ni la Ley alemana de 1935 –a las que nos referimos en la nota al pie de este mismo trabajo identificada con el número 108– consagraron la analogía sino la "interpretación analógica". *Cfr*. Rodríguez Devesa, J. M. (1971) *Derecho Penal español. Parte general*. Madrid. 2ª ed. p. 204. *Apud*. Arteaga Sánchez, A. (1981) *Derecho Penal. Parte general*. Caracas: Universidad Central de Venezuela. pp. 43-44.
No compartimos esta posición, ya que desconoce la función de los conceptos jurídicos indeterminados dentro de un sistema jurídico, y en específico, de las cláusulas legales de analogía por vía de las cuales se manifiesta la interpretación analógica, ya que en este supuesto del propio contexto de la ley el intérprete obtiene el sentido y alcance de la similitud esencial a la que debe acudir y a la que la misma legislación hace referencia, de forma tal que es la propia norma jurídica la que provee directa o indirectamente la solución, sin que pueda predicarse que se ha producido una laguna normativa o axiológica y que por ende proceda una integración del texto legal de que se trate.

[49] Engisch, K. *Ob. Cit.,* p. 139.

[50] Bobbio, N. *Ob. Cit.,* p. 236.

[51] Ennecerus, L. y Nipperdey, H. C. *Ob. Cit.,* p. 213; Tarello, G. (1980) *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè. p. 352; Legaz y Lacambra, L. *Ob. Cit.,* p. 537.

[52] Ross, A. (1977) *Sobre el Derecho y la Justicia*. (Tr.: Carrió, G.) (4ª ed.) Buenos Aires: EUDEBA. p. 144.

Más explícita es la diferencia basada en el grado o momento del proceso de integración sistemática, pues el reconocimiento de la existencia de una laguna en la ley, por no poder resolverse el caso con una disposición precisa, es presupuesto necesario para que pueda darse el proceso analógico; mientras en la interpretación extensiva, *a contrario sensu*, se parte de la admisión de la existencia de la norma y se extiende su aplicación al caso no expreso en su letra, por estar más allá de aquel en que usualmente se aplica, pero que se considera virtualmente incluido en su espíritu.[53] De modo tal que en la extensión analógica el efecto es crear una nueva norma jurídica que antes no existía, extendiendo el campo de validez de la norma al "área de similitud" del supuesto de hecho considerado por la norma; mientras que el efecto de la interpretación extensiva es hacer ampliable una norma a casos no previstos por ésta, manteniendo el campo de validez de la norma dentro del "área de significación" de los signos lingüísticos con los que se expresa.[54]

Diez-Picazo entiende que es impreciso o insuficiente el criterio distintivo que se funda en que se pasa de la interpretación extensiva a la analogía siempre que se llegue más allá del tenor literal más amplio posible y explica que el ámbito de aplicación de una norma comporta una doble delimitación, la primera, una genérica, que se produce a través del marco institucional, dentro del cual la norma actúa; la segunda, una específica, que resulta de la configuración de su propio supuesto de hecho. De esta manera actuamos por vía analógica cuando trasladamos la norma de un marco institucional a otro, mientras que operamos por vía de interpretación extensiva si mantenemos e incluimos en el supuesto de hecho normativo concreto más casos de aquellos que su literalidad encierra. Por ejemplo, con base en el Artículo 752 del Código civil español,[55] si se prevé la ineficacia de la disposición a favor del sacerdote que hubiese confesado al causante en su última enfermedad y se proyecta fuera del marco institucional del testamento a un negocio jurídico *inter vivos*, como la donación hecha por el enfermo al sacerdote que lo hubiese confesado, operaría la analogía; pero si, no saliendo del supuesto de la sucesión testamentaria, se entendiese que no es

[53] Reale, M. *Ob. Cit.,* p. 243; Coviello, N. *Ob. Cit.,* p. 95; Castán Tobeñas, J. *Ob. Cit.,* p. 569; Jiménez de Asúa, L. *Ob. Cit.,* p. 479.
[54] Bobbio, N. *Ob. Cit.,* p. 237; Lumia, G. (1979) *Principios de teoría e ideología del Derecho*. (Tr.: Ruiz Miguel, A.) Madrid: Debate. p. 85.
[55] Norma análoga se encuentra en el Artículo 841 del Código Civil venezolano, aunque debido a su generalidad la aplicación analógica ejemplificada por el maestro español no resulta necesaria en nuestro sistema jurídico, pues dentro de la propia norma especificada se encuentra el supuesto que sirve de muestra.

sólo aplicable al confesor, sino también al sacerdote que hubiese prestado al enfermo otra clase de auxilios espirituales.[56]

Finalmente, deben diferenciarse, no obstante la existencia de zonas de penumbra, el recurso a la analogía respecto de la ficción, concebida ésta en términos de asimilación de situaciones vecinas que presentan caracteres esenciales análogos,[57] pues aunque ambas figuras cumplen una misma función en la argumentación jurídica: tratar casos diferentes como si fueran casos iguales, son diversas en tanto en el supuesto de la analogía, los casos son diferentes pero semejantes,[58] por estar comprendidos dentro de la misma "categoría"; mientras en la ficción la igualación o asimilación de relaciones sociales, realizada en cuanto a sus respectivas funciones y no en cuanto a la "naturaleza" de los casos considerados, no parte de la coincidencia de las relaciones igualadas en razón de sus analogías esenciales, sino de una exigencia de tratamiento analógico, a pesar del reconocimiento, implícito o explícito de la desigualdad esencial de las relaciones consideradas.[59]

5. CLASIFICACIÓN

García Maynez explica el mecanismo lógico del razonamiento de analogía. Para este autor, la analogía supone una identidad parcial entre dos objetos que presentan algunas notas comunes. Si aplicamos tal idea a los preceptos legales, dentro de la analogía de normas descubrimos la "analogía de supuestos", cuando en la parte de dos normas jurídicas que establece las hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de determinadas consecuencias de derecho, esto es, cuando en los supuestos de dos proposiciones jurídicas existen algunos elementos comunes, cabe afirmar que son análogos. Por el contrario, hay "analogía de disposiciones" cuando en la parte de dos preceptos legales que expresa qué consecuencias normativas se encuentran enlazadas a la realización del supuesto de cada una de las normas jurídicas, se encuentran elementos comunes.[60]

---

[56] Diez-Picazo, L. 81973) *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel. pp. 282-283. *Apud*. Puig Brutau, J. pp. 326-327.
[57] Delgado Ocando, J. M. (1974) *Ficciones y presunciones en el Código Civil venezolano*. Maracaibo: Editorial Universitaria de La Universidad del Zulia. p. 62.
[58] Atienza Rodríguez, M. *Ob. Cit.,* p. 182.
[59] Delgado Ocando, J. M. *Ob. Cit.,* pp. 65-66.
[60] García Maynez, E. (1980) *Introducción al Estudio del Derecho*. (31ª ed.) México: Porrúa. p. 368.

También existe "analogía de situaciones" cuando entre dos situaciones jurídicas, una prevista y la otra no prevista por la ley, existe una identidad parcial, ciertos elementos comunes, de modo tal que al encontrarse la misma razón jurídica en la primera que en la segunda, se hace un razonamiento analógico según el cual deben resolverse de igual manera, atribuyendo al caso imprevisto las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con la ley, produce el caso previsto, lo cual implica, no la aplicación analógica de un precepto a un caso no previsto, sino la creación o formulación analógica de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquel precepto, pero cuyos supuestos sólo son semejantes.[61] En consecuencia, si bien no se puede afirmar con Lehmann que la analogía es la aplicación extensiva de una norma a casos no comprendidos en ella de acuerdo con su tenor literal,[62] pues no se trata de elaborar una "norma", sino una máxima de decisión obtenida de la misma *ratio iuris* de la norma en discusión,[63] sí se puede sostener que "la analogía consiste, pues, en atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto",[64] ya que no sería lógico ni justo que dentro de un mismo ordenamiento no se resolvieran de igual manera ambos supuestos, no obstante las circunstanciales diferencias, cuando coinciden en lo esencial.[65]

Desde un aspecto diverso, la analogía se basa en un procedimiento de abstracción en virtud del cual, de las normas expresas y particulares, se llega al principio que las gobierna, para hallar en éste una regla más amplia que abarca el caso previsto y el no previsto,[66] procedimiento dirigido además por una influencia amplia y benéfica del criterio de la equidad, ya que la norma ha de determinarse mediante la intuición directa del caso singular, esto es, de las

---

[61] *Ibídem*. pp. 368-369; García Maynez, E. (1997) *Filosofía del Derecho*. (9ª ed.) México: Porrúa. p. 305.
[62] Lehmann, H. *Ob. Cit.,* p. 97; Puig Brutau, J. *Ob. Cit.,* p. 322. En el mismo sentido se afirma que la "analogía consiste en aplicar a una hipótesis no prevista en la ley una disposición relativa a un caso semejante", pues conforme a dicha tesis el proceso analógico no crea derecho nuevo, sino que descubre el ya existente *Cfr*. Maximiliano, C. *Ob. Cit.,* pp. 208 y 214.
[63] Betti, E. (1975) *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. (Tr.: De los Mozos, J. L.) Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas. p. 163.
[64] García Maynez, E. (1980) *Introducción al estudio del Derecho*. (31ª ed.) México: Porrúa. p. 369.
[65] Puig Brutau, J. *Ob. Cit.,* p. 322.
[66] Puig Peña, F. (1957) *Tratado de Derecho Civil español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. Tomo I. Vol. I. pp. 433-434.

exigencias que dimanan de la naturaleza misma de las cosas.[67] Ahora bien, hasta el momento hemos desarrollado la idea de la denominada en doctrina *analogía legis* (individual o particular), la cual parte de una disposición jurídica concreta, primero, desenvolviendo su idea fundamental al purificarla mediante la eliminación de todos los factores no esenciales, y segundo, aplicando la idea depurada de esta manera a los casos que encajan en ella y que sólo se distinguen de los resueltos en la ley en puntos secundarios que no afectan intrínsecamente a la esencia de la regla,[68] por lo que el intérprete opera en primer grado, ya que la regla idónea para el caso no previsto se halla en la misma materia a que pertenece el caso previsto.[69] Así, la aplicación analógica de toda proposición jurídica cabe no sólo de la ley *strictu sensu*, sino también de todo tipo de ordenación jurídica, incluso de la norma consuetudinaria, siendo que además los razonamientos por analogía pueden realizarse dentro de los límites de algunas ramas del derecho, o de uno o varios códigos, o entre dos ramas del derecho.[70]

Pero cuando se va más allá y se afirma la existencia de una laguna, pero se niega la existencia de una norma particular, de una disposición concreta de la ley, cuya razón o idea fundamental pueda, por *analogía legis*, analogía de ley o analogía propiamente dicha (*Gesetzesanalogie*), ser aplicable a casos idénticos en su esencia jurídica al que la ley ha regulado,[71] el camino que se abre, atendiendo a la base en que se funda, es el de la *analogía iuris* (conjunta o general) o analogía de Derecho (*Rechtsanalogie*), procedimiento que no tiene nada que ver propiamente con la inferencia analógica[72] y por virtud del cual se obtiene una nueva regla para un caso no previsto no ya por la regla que se refiere a un caso individual sino, en otros grados mayores, de todo el sistema o de una parte del sistema,[73] siendo que, para algunos autores, se suple una deficiencia legal con el recurso a los principios generales del Derecho, entendidos como normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más

[67] Del Vecchio, G. (1974) *Filosofía del Derecho*. (Tr.: Recaséns Siches, L. y Legaz y Lacambra, L.) (9ª ed.) Barcelona: Bosch. p. 342.
[68] Ennecerus, L. y Nipperdey, H. C. *Ob. Cit.,* p. 212.
[69] Puig Peña, F. *Ob. Cit.,* p. 434.
[70] Engisch, K. *Ob. Cit.,* p. 185.
[71] Castán Tobeñas, J. *Ob. Cit.,* p. 569.
[72] Bobbio, N. *Ob. Cit.,* p. 236; Lumia, G. *Ob. Cit.,* p. 84.
[73] Bobbio, N. *Ob. Cit.,* p. 236; Jiménez de Asúa, L. *Ob. Cit.,* p. 481.

generales;[74] y para otros, se arranca de una pluralidad de disposiciones singulares, de las que se extrae, por vía de inducción, las ideas o principios más generales que explican y justifican las soluciones positivas dictadas por el legislador, a fin de deducir de ellos consecuencias y aplicaciones no previstas en ninguna de las disposiciones de la ley,[75] lo que no implica que se acuda a los principios generales del Derecho, pues esta fuente jurídica tiene más amplio contenido que el propio de la mera analogía,[76] por cuanto si bien tiene por objeto hallar un principio que por su generalidad pueda comprender aun el caso que no guarda ninguna semejanza con ninguno de todos los demás previstos por la ley, falta el elemento de la comparación entre un caso y otro, constitutivo de la analogía y que fija el punto de partida.[77] La diferencia entre analogía legal y analogía jurídica es entonces una diferencia de grado, pues sólo se refiere en realidad a la base inductiva de que se extrae la idea fundamental, que en un caso es más pequeña y en otro más amplia.[78]

Comúnmente se predica que el razonamiento por analogía es un razonamiento desde lo "particular a lo particular", mientras que el razonamiento deductivo va de lo general a lo particular y el inductivo de lo particular a lo general.[79] Canaris sostiene que la "analogía general" no trata de una inferencia de lo especial a lo especial, sino de lo especial a lo general, por lo que no es analogía sino inducción, procedimiento en el que cabe realizar unas reflexiones subsidiarias, como

[74] Bobbio, N. *Ob. Cit.,* p. 238; Betti, E. *Ob. Cit.,* p. 155; Reale, M. *Ob. Cit.,* p. 243.
Coviello afirma, respecto de los principios generales del derecho, que "tales principios no pueden ser otros que los principios fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de los cuales en fuerza de la abstracción deben exclusivamente deducirse. Pueden ser de hecho principios racionales superiores, de ética social, y también principios de derecho romano, y universalmente admitidos por la doctrina; pero tienen valor no porque son puramente racionales, éticos o de derecho romano o científico; sino porque han informado efectivamente el sistema positivo de nuestro derecho, y llegado a ser de este modo principios de derecho positivo y vigente". *Vid*. Coviello, N. *Ob. Cit.,* pp. 96-97.
Por su parte, Levi aprecia que los principios generales de todo ordenamiento no pueden concebirse sino como la expansión lógica de las normas vigentes, cualquiera sea, bajo el aspecto ético, la naturaleza de la misma, expansión que deriva de la íntima racionalidad de carácter meramente lógico, que es propia de todo ordenamiento jurídico. *Vid*. Levi, A. (1950) *Teoria generale del Diritto*. Padova: Cedam. p. 55.
[75] Ennecerus, L. y Nipperdey, H. C. *Ob. Cit.,* p. 212; Engisch, K. *Ob. Cit.,* p. 186; Larenz, K. *Ob. Cit.,* pp. 376-377; Castán Tobeñas, J. *Ob. Cit.,* pp. 569-570.
[76] Castán Tobeñas, J. *Ob. Cit.,* pp. 569-570; Puig Brutau, J. *Ob. Cit.,* pp. 324-325.
[77] Coviello, N. *Ob. Cit.,* p. 96.
[78] Engisch, K. *Ob. Cit.,* p. 187.
[79] *Ibidem*. p. 181.

que a la aceptación de un "principio jurídico general" no se oponen otras disposiciones legales y no está limitado su ámbito de aplicación por un principio jurídico "opuesto".[80] Larenz refuta que en la analogía "particular" no se infiere inmediatamente de un especial otro especial, sino por mediación de lo común a ambos supuestos de hecho, que se reconoce decisivo para la valoración, por lo que se trata del establecimiento de una regla para un supuesto de hecho delimitado; mientras que la analogía "general" se refiere al establecimiento de un principio general, que pretende tener validez para un número indeterminado de posibles configuraciones de casos, basándose en el conocimiento de que la *ratio legis*, común a todas las disposiciones individuales referidas, no sólo concierne a los casos particulares regulados, sino que se da ya siempre que existan determinados presupuestos indicados de modo general, por lo que la necesidad de las reflexiones subsidiarias mencionadas por Canaris impide calificar simplemente de inducción a este procedimiento.[81] Sin embargo, no siempre es preciso una analogía "general" para el descubrimiento de un principio general, ya que de vez en cuando es suficiente con poner en claro la *ratio legis* subyacente a una disposición legal particular, así como saber que esta *ratio legis* se refiere a un ámbito de casos más amplio al mencionado en la ley.[82]

6. REQUISITOS DE APLICACIÓN

Los requisitos para la aplicación de la analogía son concurrentes:[83]

i) Existencia de una laguna legal (silencio de la ley o vacío en la legislación) respecto del caso contemplado, de modo tal que no pueda decidirse ni según la letra ni según el sentido lógico de las normas, aclarado por la interpretación, pues, por ejemplo, como explica Coviello, si el caso hubiese sido previsto, aunque no aparezca claramente comprendido en la letra de la ley, tiene lugar la interpretación extensiva.[84]

La laguna de ley se produce porque no existe una disciplina aplicable al punto controvertido; o porque, existiendo, los preceptos que la rigen son absolutamente contradictorios (no con contradicción aparente, la cual es misión de la interpretación), o regulando en principio, no disciplinan el punto concreto con-

[80] Canaris. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*. pp. 97 ss. *Apud*. Larenz, K. pp. 377-378.
[81] Larenz, K. *Ob. Cit.,* pp. 377-378.
[82] *Ibídem*. p. 381.
[83] Castán Tobeñas, J. *Ob. Cit.,* pp. 573-574.
[84] Coviello, N. *Ob. Cit.,* p. 92.

trovertido; o porque si bien existe un precepto legal aplicable, sin embargo, siendo posibles a la vez varias soluciones, no se puede determinar cuál de ellas haya de preferirse legalmente;[85] o porque en general la solución normativa prevista en otra norma del sistema se considera inadecuada. A su vez, la inexistencia del precepto aplicable puede darse porque el legislador entienda que no ha llegado el momento de regular el supuesto, por tratarse de materias que todavía no están maduras para una reglamentación propia; por omisión voluntaria del legislador;[86] o por omisión involuntaria de éste.

De este requisito se deduce que la analogía presupone siempre la existencia de una laguna jurídica, si por tal se entiende tanto las "lagunas normativas" (existencia de un caso para el que no hay solución en el sistema) como las "lagunas axiológicas" (existencia de un caso para el que existe solución normativa que, sin embargo, es considerada inadecuada), lo cual implica, en este último supuesto, que una norma se extienda por analogía a un caso no previsto en la misma, pero regulado en otra norma del sistema.[87]

ii) Concurrencia de la *eadem ratio decidendi*, de la igualdad jurídica esencial entre el supuesto no regulado y el supuesto o supuestos previstos por el legislador, en lo que toca, no a los elementos accidentales y accesorios, sino respecto de los elementos jurídicamente relevantes, que constituyen el fundamento o *ratio iuris* de la norma, es decir, como explica Bobbio,[88] resulta necesario sacar de los dos casos una cualidad común a ambos, que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la cual al caso regulado se le ha atribuido aquella consecuencia y no otra, pues, según expone Ennecerus,[89] la legitimidad de una determinada conclusión por analogía depende de que la diversidad de los casos afecte sólo a aspectos no esenciales (para esta disposición) y de que el resultado sea racional.

No bastan, entonces, afinidades aparentes, semejanza formal; se exige una real, verdadera igualdad sobre uno o más aspectos, consistente en el hecho de encontrar, en uno y otro caso, el mismo principio básico y de ser una también la idea generadora tanto de la regla existente como de la que se busca, por lo que la hipótesis nueva y la que se compara con ella, precisan asemejarse en la

[85] Puig Peña, F. *Ob. Cit.,* p. 432.
[86] *Ídem*.
[87] Atienza Rodríguez, M. *Ob. Cit.,* pp. 182-183.
[88] Bobbio, N. *Ob. Cit.,* p. 235.
[89] Ennecerus, L. y Nipperdey, H. C. *Ob. Cit.,* p. 213.

esencia y en los efectos, y también existir en ambas la misma razón de decidir, pues deben evitarse la semejanzas aparentes sobre puntos secundarios.[90]

Por consiguiente, el presupuesto de la analogía es la comprobación de que la situación de los intereses del caso en cuestión, que no son considerados por la norma a aplicar, tienen con los hechos que ésta toma en consideración aquellos principios comunes que son esenciales para alcanzar los mismos resultados,[91] y desde el ángulo contrario, al basarse la analogía en una ponderación del valor jurídico de los factores de hecho que intervienen en la norma, procederá la analogía si aquello en que los hechos no previstos difieren de los hechos legales es indiferente, desde una perspectiva jurídica.[92]

¿Cómo se elige el criterio a usar para distinguir entre aspectos esenciales y aspectos no esenciales de un supuesto de hecho en relación con la *ratio* de la norma? Lumia opina que es evidente que la semejanza no es una relación lógica en sí misma y que la inferencia por analogía adquiere validez lógica (vale decir, se convierte en inferencia deductiva) sólo cuando se acepta que existe una "relación de similitud" entre el supuesto de hecho regulado por la norma y aquel otro al que se quiere extender la aplicación de ésta. Sostiene este autor que, en último análisis, la existencia de tal relación depende de la extensión que se atribuya al "área de similitud" de cada supuesto de hecho; y la definición de tal área comporta un juicio de valor sobre la esencialidad o no esencialidad de los elementos comunes a los dos supuestos de hecho en relación con la *ratio*.[93]

Kaufmann advierte que, si bien la analogía no es una conclusión lógica, sino una comparación (equiparación) con una estructura muy compleja en la que se compara lo más conocido con lo menos conocido, para coordinarle luego a esto último también la característica cuestionable que exhibe el caso primero, la validez de una analogía depende de manera esencial, además de que se debe presentar en muchos "casos de" a fin de ampliar la base de comparación, de la elección del punto de comparación (*tertium comparationis*) y de la determinación de las características comparadas, elección aquella que se basa no tanto

[90] Maximiliano, C. *Ob. Cit.,* p. 212, fundamentándose en Oertmann, P. (1909) *Gesetzeszwand und Richtes freiheit*. p. 27; Holbach, F. (1906) *L'interpretation de la Loi sur les Sociétes*. p. 202; Coviello, N. *Manuale di Diritto civile italiano*. Vol. I. p. 83; Pacchioni (1933). *Delle leggi in generale*. pp. 128-129.
[91] Lehmann, H. *Ob. Cit.,* p. 97.
[92] Von Tuhr, A. (1977) *Parte general del Derecho Civil*. (Tr.: Roces, W.) San José, Costa Rica: Juricentro. p. 12.
[93] Lumia, G. *Ob. Cit.,* p. 84.

en un conocimiento racional sino, en buena parte, en una decisión, y por tanto, en un ejercicio de poder, por lo que en la mayoría de los casos acaece sin que medie reflexión, pudiendo surgir resultados completamente opuestos entre sí, dependiendo de la escogencia del *tertium comparationis*: utilización analógica del derecho o conclusión por el contrario.[94] Se afirma además que la relación de semejanza, nervio del razonamiento jurídico por analogía, es una relación reflexiva y simétrica, pero no necesariamente transitiva, por lo que no se puede reducir a una relación de equivalencia.[95] Como corolario, el razonamiento analógico es caracterizado por ser eminentemente problemático, incluso dialéctico, por aportar una verdad sólo probabilística, es decir, de validez posible, por lo que la conclusión analógica, a diferencia de la analogía exacta, se denomina analogía incompleta, pues acarrea como consecuencia que quien lo utiliza considera a dos casos como análogos con base en características esenciales comunes a ambos, pero la determinación de lo que en ellos es esencial puede ser errónea y así también la analogía practicada, como por ejemplo, que se considere una ballena un pez porque vive en el agua, sin tomar en consideración que la característica esencial de la misma es que es un mamífero, al contrario de los peces que son, por regla general, ovíparos.[96]

Desde ángulo diverso, Bovensiepen, a pesar de que es criticado por Klug por no ofrecer ningún criterio aplicable como pauta para tratar el problema que describe, sostiene que la analogía está permitida y ordenada solamente cuando se da una desviación no esencial entre el supuesto legalmente regulado y el que de por sí no cae bajo la proposición jurídica; si, por el contrario, la desviación es notable, la analogía no está entonces permitida, y el argumento a contrario produce la inaplicabilidad de la proposición jurídica que aparentemente correspondía.[97]

¿Puede alegarse en Casación la violación de una presuntamente necesaria integración analógica? Se ha observado que la analogía no constituye infracción de ley el no ampliar un precepto de una ley por lo que escapa al control del Tribunal

---

[94] Kaufmann, A. *Ob. Cit.,* pp. 162-163.
[95] Atienza Rodríguez, M. *Ob. Cit.,* p. 181.
[96] Bernard, B. (1998) *Interdisciplinariedad y nomodinámica jurídica. Ensayo de contribución metodológica*. Maracaibo: La Universidad del Zulia. p. 189; en el mismo sentido, Delgado Ocando, J. M. (1996) *Curso de Filosofía del Derecho actual*. Caracas: Vadell Hermanos. p. 389; y Martín Oviedo, J. M. (1972) *Formación y aplicación del Derecho (Aspectos actuales)*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. p. 134.
[97] Bovensiepen. *Analogie und per argumentum e contrario*. En: *H. d. R*. Tomo 1. p. 133. *Apud*. Klug, U. p. 141.

Supremo, pero se ha replicado que tal afirmación sólo es cierta cuando la función del Tribunal Supremo se reduzca a la protección del Derecho formulado.[98]

Pero al prever el Artículo 4 de nuestro Código civil "A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. **Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas**; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho" (resaltado nuestro), debemos adherirnos a la posición sustentada en España por De Castro, conforme a la cual es viable el recurso de Casación por infracción de ley cuando no se da a una disposición o conjunto de disposiciones la eficacia amplia (analógica) que impone su *ratio*, y también se podrá alegar la infracción del principio que informe o caracterice a un precepto, relacionándolo debidamente o citando la correspondiente doctrina legal,[99] o *a fortiori*, la respectiva doctrina constitucional, supuesto que permitiría incluso acceder, como última opción, a la revisión constitucional, prevista en el Artículo 336, numeral 10 de la Carta Magna de 1999. Cabe acotar respecto del punto, que si bien la analogía implica necesariamente creación o innovación del Derecho –lo cual ratifica que no es un procedimiento estrictamente lógico–, no resulta ella misma una fuente del Derecho, sino la norma o principio que se crea mediante el procedimiento analógico.[100]

iii) Inexistencia de una voluntad del legislador contraria a la aplicación de la analogía, como cuando dicta una prohibición expresa de usar en ciertos casos el método analógico o cuando al establecer una determinada disposición le otorga un ámbito limitado al caso concreto de que se trate, excluyendo los casos análogos. Por ejemplo, en nuestro país se ha admitido en Derecho público, al no existir norma expresa en contrario, el denominado "principio del paralelismo de formas", mediante decisión N° 2612 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo del 11 de diciembre de 2001, conforme a la cual:

> los órganos públicos estarán facultados en algunos casos para realizar determinadas actividades, sin que para ello requieran de una ley o norma que los habilite a tal fin, siempre y cuando no exista una norma que expresamente lo prohíba; con lo cual se busca resolver en

[98] De Castro y Castro, F. *Ob. Cit.,* pp. 483-484, en crítica a la posición de Scholten, *Algemeen Deel,* p. 95.
[99] *Ibídem*. p. 484.
[100] Atienza Rodríguez, M. *Ob. Cit.,* p. 183.

> el ámbito fáctico, los problemas que pudieran suscitarse cuando una norma atribuye competencia a un órgano para dictar un acto, pero no indica cuál es el órgano facultado para modificarlo o revocarlo, por ello, ha señalado la doctrina patria más autorizada, que en nuestro ordenamiento tal principio puede ser aplicado perfectamente, salvo que se trate de un acto de efectos particulares.[101]

7. LÍMITES DE APLICACIÓN

No es menester –como enseña De Diego– que la analogía se halle expresamente permitida por el legislador, bastando para poder ser aplicada que no esté prohibida,[102] ya que, en palabras de Bobbio, el fundamento de la analogía es su razonabilidad y no una norma positiva, de manera tal que "no es el legislador el que pone la analogía; es la analogía la que se impone al legislador".[103] Betti explica al respecto:

> Por tanto, la analogía no necesita de una norma expresa que la declare admisible, sea implícita o explícita, porque toda norma particular, en cuanto forma parte del sistema y en cuanto es expresión de una exigencia de coherencia (en amplio sentido, lógica), "lleva consigo un cierto potencial de extensibilidad al menos en los límites de explicitación de su fuerza racional", fuerza que más que lógica habría que calificar de axiológica, es decir, valorativa.[104]

Sin embargo, la actividad del intérprete que recurre a la analogía no es absoluta, en tanto tiene dos límites infranqueables. Primero, la naturaleza real de la relación, por lo que debe reiteradamente renunciar a conceptos que, si bien son lógicos y elegantemente estructurados, no responden a la realidad práctica; segundo, el Derecho positivo, por lo que no puede tener en cuenta exclusivamente la naturaleza de la relación para crear una regla jurídica que no engrane en las disposiciones o en los principios de la ley.[105]

Desde esta perspectiva es conveniente recordar que la analogía no tiene aplicación en todos los dominios del Derecho, pues si bien es admisible ante un

---

[101] Disponible en: http://www.tsj.gov.ve
[102] *Apud*. Puig Peña, F. *Ob. Cit.,* p. 434.
[103] Bobbio, N. (1940) *Completezza dell'ordinamento giuridico e interpretazione*. En: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. XVIII. pp. 268-270. *Apud*. Rodríguez Paniagua, J. M. p. 111.
[104] Betti, E. *Ob. Cit.,* p. 159.
[105] Coviello, N. *Ob. Cit.,* pp. 92-93.

principio de carácter general, extrapositivo o de origen positivo,[106] como regla general es inadmisible:

i) Cuando se trata de normas de carácter penal en sentido estricto (no cabe penar por similitud o analogía: *nullum crimen, nulla poena sine lege*), esto es, respecto de las disposiciones que prevén cada uno de los delitos y que establecen las penas correspondientes (las denominadas normas incriminadoras especiales), así como también respecto de las otras normas que integran dichas disposiciones, restringiendo los derechos del individuo,[107] por lo que como toda la materia penal está reservada a la ley no se pueden aplicar penas por hechos no previstos en la ley como delitos, trayendo al caso que se juzga normas similares o parecidas,[108] pero no idénticas, y en perjuicio del autor del hecho,[109] pues se considera el interés social de la firme garantía de la libertad individual (frente a la posibilidad de incriminación penal) superior al interés social de la defensa contra el peligro determinado por su conexión con los comportamientos sociales, y cuando el legislador reserva la calificación penal de comportamientos no contemplados por normas penales, valora como bien supremo la certeza del Derecho.[110]

Así, si bien ante la existencia de una laguna, bien porque estaba en la propia ley desde su creación (lagunas primarias) o bien porque se ha producido un cambio de las circunstancias (lagunas secundarias), la analogía se justifica en el Derecho civil porque éste cumple mejor su función de seguridad jurídica cuando pone el poder público al servicio de la solución del mayor número de conflictos, debiendo tender a que esa coacción responda a un sistema continuo,

[106] De Castro y Castro, F. *Ob. Cit.,* p. 483.
[107] Antolisei, F. (1988) *Manual de Derecho Penal. Parte general*. (Tr.: Guerrero, J. y Ayerra Redín, M.) Bogotá: Temis. p. 68.
[108] Sosa Chacín, J. (2000) *Teoría General de la Ley Penal*. (2ª ed.) Caracas: Ediciones Liber. p. 139; Arteaga Sánchez, A. *Ob. Cit*., pp. 42-43.
[109] Roxin, C., Arzt, G y Tiedemann, K. (1989) *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*. (Tr.: Arroyo Zapatero, L. y Gómez Colomer, J. L.) Barcelona: Ariel. p. 34.
[110] Betti, E. *Ob. Cit.,* pp. 169-170; Mendoza Troconis, J. R. (1981) *Curso de Derecho Penal venezolano. Parte general*. (8ª ed.) Caracas: Empresa El Cojo, C. A. Tomo I. pp. 139-140. Pero la posibilidad de que sea admitida la analogía por la legislación penal, como principio supletorio, eficaz para llenar las lagunas de la ley, no es una novedad, pues constituyó el derecho común anterior a la Revolución Francesa, cuando los delitos y penas eran arbitrarios. *Vid*. Mendoza Troconis, J. R. *Ob. Cit.,* p. 139. Posteriormente, algunos ordenamientos han admitido la analogía en materia penal, como el Código Penal soviético de 1926, que en su Artículo 16 reprodujo el Artículo 10 del Código de 1922, y la ley alemana de 28 de junio de 1935, dictada bajo el régimen nacional-socialista, en su § 2, con los que el principio *nullum crimen sine lege* fue reemplazado por la máxima *nullum crimen sine poena*. Para más detalles, *Vid*. Jiménez de Asúa, L. *Ob. Cit.,* pp. 503-521.

sin lagunas; en el Derecho penal, si por analogía se entiende completar el texto legal con la finalidad de crear Derecho, de manera que considere prohibido lo que no prohíbe o lo que permite, reprochable lo que no reprocha o, en general, punible lo que no pena, basando la decisión en que prohíbe, no justifica, reprocha o pena conductas similares o de menor gravedad, este procedimiento queda absolutamente vedado de su campo, porque al extremar los recursos para que sólo la ley formal sea fuente de criminalización primaria, la norma penal tiene un límite lingüísticamente insuperable, que es la máxima capacidad de la palabra, no pudiendo el juez completar los supuestos, ya que en el Derecho penal, se provee mayor seguridad jurídica cuanto más discontinuo es el ejercicio del poder punitivo.

De tal manera que, como principio, la analogía tanto en perjuicio como a favor del reo debe descartarse del Derecho penal, pues si la ley no ha descrito un determinado hecho como punible, tal hecho no podrá sancionarse penalmente; y cuando lo describe, señala las condiciones para su punibilidad y las condiciones que la excluyen, con lo cual delimita exactamente el campo del ilícito penal y de lo que queda fuera de tal campo, por lo que, en consecuencia, cuando no ha establecido una causa que excluya la punibilidad de un hecho, ha expresado su voluntad de sancionarlo, considerando tal hecho como ilícito.[111]

Ahora bien, cabe indicar que si bien en materia penal se encuentra totalmente proscrita la analogía *in mala partem*, la que integra la ley extendiendo la punibilidad, no sucede lo mismo con la analogía *in bonam partem* o beneficiosa para el reo, la que restringe más allá de la letra de la ley, pues según la doctrina más acreditada, ésta es admisible, siempre que no sea arbitraria y siempre y cuando la impongan o admitan los campos jurídicos a que la ley remite, como por ejemplo, en las atenuantes, en las causas de anulación y de exclusión de la pena y en los casos de dispensa de pena.[112] Arteaga Sánchez aporta como

[111] Arteaga Sánchez, A. *Ob. Cit*., p. 43.

[112] Zaffaroni, E. R. (2000) *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar. pp. 111-112; Jescheck, H. H. (1981) *Tratado de Derecho penal. Parte general*. (Tr.: Muir Puig, S. y Muñoz Conde, F.) Barcelona: Bosch. Volumen primero. pp. 180-182.
Desde el campo del Derecho civil se sostiene también que esta cuestión ha de ser cuidadosamente valorada, pues no todas las disposiciones sancionadoras o prohibitivas contenidas en leyes civiles pueden ser equiparadas a las propiamente penales, ya que están informadas por los principios generales de un sistema muy diferente del propiamente penal. Por ejemplo, V. L. Montes menciona que la sanción fundada en el dolo es extensible a la culpa *lata*. En cambio, si las sanciones y prohibiciones contenidas en la ley civil se presentan como normas excepcionales, opuestas a los principios civiles de libertad, capacidad y eficacia de los actos jurídicos, la restricción o limitación del razonamiento por analogía tendrá un sólido fundamento. *Vid*. Puig Brutau, J. *Ob. Cit.,* p. 329.

muestra el Artículo 74, Ord. 4°, del Código Penal venezolano conforme al cual, para efectos de la atenuación de la pena, puede el juez utilizar "cualquiera otra circunstancia de igual entidad que a juicio del tribunal aminore la gravedad del hecho", con lo cual, según este autor, por disposición expresa de la ley se admite la analogía *in bonam partem*.[113]

Pero al no existir una laguna normativa o axiológica, bien primaria o secundaria, a nuestro entender no existe en este caso analogía integrativa sino interpretación analógica, estructurada sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados aportados por el propio legislador. Nos enseñan García de Enterría y Fernández,[114] que lo esencial del concepto jurídico indeterminado (*unbestimante rechts begriffe*) es que la propia indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una "unidad de solución justa" en cada caso (para el ejemplo aportado: una circunstancia, de igual entidad a las previstas expresamente en la ley, que cumpla con la finalidad de aminorar *in bonam partem* la gravedad del hecho a juicio del órgano jurisdiccional), mientras, por el contrario, el ejercicio de una potestad discrecional permite una pluralidad de soluciones justas, esto es, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho.

ii) En materia de privilegios (normas que establecen situaciones jurídicas concretas referidas a personas determinadas, que carecen de valor o significación general, y no pueden ser multiplicadas por el intérprete),[115] de enumeraciones legales taxativas, y de normas que serían restrictivas de derechos o abrirían el camino a las excepciones.[116]

---

[113] Arteaga Sánchez, A. *Ob. Cit*., p. 43.

[114] García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (1998) *Curso de Derecho Administrativo*. (Reimpresión de la octava edición). Madrid: Civitas. Tomo I. pp. 449-450.

[115] Puig Brutau, J. *Ob. Cit.,* p. 330, basado en Batlle Vásquez (1978) "Comentario al Artículo 4". En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid: Edersa. Tomo I. p. 92 y Montes, V.L. (1977) *Comentario al Artículo 4-2 del Código Civil*. En: *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Madrid: Tecnos. p. 224.

[116] Reale, M. *Ob. Cit.,* p. 243; Maximiliano, C. *Ob. Cit.,* p. 213.

El Artículo 4º, numeral 2, del Código Civil español excluye la analogía en las leyes temporales, lo que es criticado por la doctrina del país ibérico, ya que la ley temporal, mientras está vigente, puede ser susceptible de aplicación por analogía, en la medida en que por las consecuencias jurídicas de su contenido no sea un *ius singulare* o una norma excepcional, lo que es diferente a que no pueda aplicarse en momentos distintos de aquellos para los que fue dictada, pues no puede rebasarse el límite temporal impuesto por el legislador. *Cfr*. Batlle Vásquez (1978) *Comentario al Artículo 4*. En: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid: Edersa. Tomo I. p. 91 y Montes, V.L. (1977) *Comentario al Artículo 4-2 del Código Civil*. En: *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Madrid: Tecnos. p. 238. *Apud.* Puig Brutau, J. pp. 330-331.

Respecto de las disposiciones de excepción, vale decir, del *ius singulare* o disposiciones jurídicas singulares, como en los supuestos de las leyes de concesión, los casos de pérdida de la patria potestad, las nulidades, etc.,[117] son aquellas que, basándose en la frase "*Singularia non sunt extendenda*" no puede ser extendidas por analogía, vale decir, cuando se ha citado una disposición para determinado caso excepcional o un grupo de casos de este tipo no puede aplicarse por analogía a casos en los que no se presenta esta situación excepcional.[118]

Pero la determinación del concepto de "ley excepcional" es muy discutida. Según algunos autores, para la existencia de una ley excepcional basta que regule un pequeño número de casos que de lo contrario entrarían en una regla general, pero se critica que eso es inadmisible, ya que aun prescindiendo de las dificultades constantemente insuperables de establecer la amplitud de las esferas de aplicación de las normas que se cotejan, llevaría ello a excluir completamente la extensa categoría del derecho especial. La mayor parte de los autores opinan que la norma es excepcional cuando no constituye un complemento o una especialización de la reglamentación jurídica contenida en una norma más amplia, sino que representa una interrupción de la consecuencialidad lógica de ella, vale decir, cuando la reglamentación jurídica de la relación regulada no es sólo particular o distinta, sino del todo contraria y antinómica con la de la norma general, pero se critica que esta tesis que no es precisa habiéndose llegado en base a él a conclusiones diametralmente opuestas.[119]

Antolisei, por su parte, cree que para que se dé una ley excepcional es necesaria la existencia de una disposición que regule un grupo de casos, fijando una regla que responda a las directrices generales del ordenamiento jurídico y que luego, a esa misma regla, se le introduzcan limitaciones en forma derogatoria, como ocurre, a título ejemplificativo, con las normas que prevén casos de inmunidad penal en derogación al principio generalísimo de que la ley penal obliga a todos cuantos se encuentran dentro del territorio del Estado. Por ello, sostiene que hay que excluir que las normas que regulan las causas de justificación penal sean excepcionales en base a dos razones: porque los preceptos que prohíben determinadas acciones (las llamadas normas incriminadoras) y porque tales normas, lejos de constituir desviaciones de las directrices del ordenamiento jurídico, son ellas mismas aplicación de principios generales (quien usa

[117] Borda, G. A. (1976) *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. (6ª ed.) Buenos Aires: Perrot. Tomo I. pp. 235-236.
[118] Engisch, K. *Ob. Cit.,* p. 187.
[119] Antolisei, F. *Ob. Cit*., p. 69.

de su derecho, no lesiona a nadie; es lícito rechazar la fuerza con la fuerza; la necesidad no tiene ley; al que quiere, no se le hace injuria); lo que también aplica para las causas que excluyen o disminuyen la imputabilidad, para las normas penales explicativas o declarativas, debiendo existir más bien resolución caso por caso y con suma cautela para la cuestión acerca de las causas de extinción del delito y de la pena.[120]

Se caracterizan, entonces, las disposiciones de excepción por su colisión con los principios fundamentales del orden jurídico de que se trata, como la reserva al Estado la tutela jurisdiccional de los derechos, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, la irretroactividad de la ley, así como el carácter excepcional de la norma derivado de la naturaleza contingente del interés público que la ha determinado y por la índole anormal y temporal de las situaciones que la imponen (guerra, terremoto, epidemia, etc.),[121] y al dejar sin efecto, en casos especiales, una disposición general, por lo que impiden la existencia de lagunas en cuanto lo no expresamente integrado en la norma excepcional queda comprendido en la norma general.[122] Además, se consideran disímiles de las disposiciones jurídicas especiales que son aquellas que regulan, en el caso de especiales clases de personas, de cosas o de relaciones, una situación jurídica que se aparta de la regla general (por ejemplo, el Derecho comercial)–,[123] en las cuales cabe la analogía así como la exégesis extensiva.[124]

iii) En leyes de finanzas y de disposiciones que instituyen impuestos, tasas, multas y otras cargas fiscales, pues tradicionalmente se sostiene que las cargas públicas deben interpretarse con criterio restringido: *in dubbio contra fiscus*; así como las exenciones a los gravámenes también deben ser interpretadas en tal sentido, en tanto constituyen un privilegio. Sin embargo, criterios opuestos se han venido sosteniendo en el Derecho comparado: en materia de impuesto a la transmisión gratuita de los bienes; en materia de tasa, pues si bien las normas impositivas no han de extenderse más allá de su texto y de su

[120] *Ibídem*. pp. 69-70.
[121] Betti, E. *Ob. Cit.,* pp. 172-175.
[122] Puig Brutau, J. *Ob. Cit.,* p. 330. No obstante, al tener las normas excepcionales su propia racionalidad y principios particulares, este autor se adhiere a lo afirmado por Antonio Hernández-Gil, para quien "en la esfera del Derecho singular cabe la interpretación extensiva e incluso la investigación analógica, siempre que no resulte desbordado su ámbito de vigencia; es decir, la modificación que introduce en la norma general".
[123] Klug, U. *Ob. Cit.,* pp. 142-143.
[124] Pacchioni (1933). *Delle leggi in generale*. p. 130. *Apud*. Maximiliano, C. p. 213.

espíritu, su aplicación debe ser tal que el propósito de la ley se cumpla, dentro de una sana y discreta interpretación, que debe respetar los fines perseguidos de orden económico-financiero y de promoción de la comunidad; en materia de una ley de fomento en procura de un beneficio público, y que en concepto del propio gobierno es ampliamente liberatoria de toda clase de impuestos fiscales, también deben ser interpretada con criterio de amplitud concordante con los propósitos de interés general que la determinan; en materia de multas impuestas a los que transgreden leyes impositivas, debe aplicarse siempre la sanción más benigna, pues se las equipara a las sanciones penales.[125]

Tal desarrollo ha culminado hoy en día con la tendencia que cree inconveniente sentar principios absolutos y apriorísticos en esta cuestión, pues se considera que, dado que las leyes financieras no son de naturaleza excepcional u odiosas, en tanto pertenecen a la misma categoría que las demás normas jurídicas, no existe razón de mérito para vedar la analogía como medio de integración o interpretación de las leyes financieras, mas cuidando de utilizarla cautelosamente, a fin de no crear por este medio una norma absolutamente nueva, siendo ésta la solución adoptada por numerosos códigos tributarios modernos (Cód. brasileño, Artículo 108; Ley general española, Artículo 24; modelo OEA/BID, Artículo 6; Cód. boliviano, Artículo 6; Cód. de Costa Rica, Artículo 6; Cód. uruguayo, Artículo 5; y el Código Orgánico Tributario venezolano, Artículo 7,[126] conforme al cual: "En las situaciones que no puedan resolverse por las disposiciones de este Código o de las leyes especiales sobre la materia, se aplicarán supletoriamente y en orden de prelación, las normas tributarias análogas, los principios generales del derecho tributario y los de otras ramas jurídicas que más se avengan a su naturaleza y fines, salvo disposición especial de este Código").

De hecho, como nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe, en virtud del principio de legalidad no se podrá, por vía de la interpretación o de integración analógica, crearse obligaciones tributarias ni modificarse las existentes,[127] en cuanto a los elementos estructurales del tributo (hecho imponible, sujetos pasivos y elementos cuantitativos de

[125] Borda, G. A. *Ob. Cit.,* pp. 237-239.
[126] Giuliani Fonrouge, C. M.; Navarrine, S. C. y Asorey, R. O. (1987) *Derecho financiero*. (4ª ed.) Buenos Aires: Depalma. Volumen I. p. 108.
[127] Valdés Costa, R. (1996) *Curso de Derecho Tributario*. (2ª ed.) Santafé de Bogotá: Temis. p. 276; Nogueira, R. B. (1986) *Curso de Direito Tributário*. (6ª ed.) São Paulo: Editora Saraiva. p. 114.

graduación), así como en lo referente a exenciones, ni crearse mediante analogía infracciones tributarias ni penalidades de ningún tipo,[128] pero fuera de estas prohibiciones las disposiciones tributarias se admite la integración analógica, fundamentalmente en el derecho tributario formal y aun en el procesal, pero también dentro del derecho tributario material, como ante ciertas omisiones legales (falta de individualización del sujeto pasivo en leyes aduaneras y de impuestos al consumo o del contribuyente en casos de creación de impuestos),[129] ya que el Derecho tributario y financiero en general debe ser interpretado e integrado de acuerdo con las técnicas y los criterios comunes a todo el ordenamiento.[130] Por consiguiente, para que no se verifique la violación del principio de reserva legal, el método de integración o interpretativo fundamentado en la analogía, en general, sólo puede versar sobre aspectos secundarios de la relación tributaria principal, verbigracia, la que da origen a la obligación de pagar el tributo o a la exención, o sobre materia o aspectos formales o de procedimientos.[131]

iv) Los preceptos de Derecho sustantivo que establecen formalidades, como por ejemplo, las previstas para la confección del testamento, deben interpretarse restrictivamente, pues las formas tienen carácter excepcional, ya que el principio es la libertad y la falta de formalidades, y tienen además un fin, que deberá tenerse principalmente en cuenta en la interpretación, de manera tal que en la duda de si una formalidad es exigida *ad solemnitatem* o simplemente *ad probationem*, debe decidirse en el último sentido, que resulta el más favorable a la validez de los actos.[132]

Contrario sensu, el uso de la analogía tiene una importancia particular en el Derecho procesal, especialmente en las normas que establecen formas y términos, al ser el formalismo regla del Derecho procesal y dado el defectuoso orde-

[128] Villegas, H. B. (1992) *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. (5ª ed.) Buenos Aires: Depalma. p. 176.
[129] Valdés Costa, R. (1996) *Curso de Derecho Tributario*. (2ª ed.) Santafé de Bogotá: Temis. p. 276.
[130] Ferreiro Lapatza, J. J. (1996) *Curso de Derecho financiero español*. (18ª ed.) Madrid: Marcial Pons. p. 80.
[131] Jarach, D. (1980) *Curso de Derecho Tributario* (3ª ed.) Buenos Aires: Ediciones Cima. pp. 208-209.
[132] Borda, G. A. *Ob. Cit.,* p. 236.

namiento del sistema de las formas en casi todos los ordenamientos jurídicos procesales.[133] Así, el Artículo 7 del Código de Procedimiento Civil prevé:

> Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en este Código y en las leyes especiales. Cuando la ley no señale la forma para la realización de algún acto, serán admitidas todas aquellas que el Juez considere idóneas para lograr los fines del mismo.[134]

8. ARGUMENTOS *A FORTIORI*: *A MAIORE AD MINUS* Y *A MINORE AD MAIUS*

Afirma Nawiasky que casos especiales de conclusión analógica son la argumentación de lo mayor a lo menor (*a maiore ad minus*), o de lo más intenso a lo menos (*a fortiori*), así como la inversa de lo menor a lo mayor (*a minore ad maius*) y similares.[135]

---

[133] Rocco, A. *La interpretación de las leyes procesales*. (Tr.: Romero Sánchez, M. y López de la Cerda, J.) México. p. 342. *Apud*. Aragoneses Alonso, P. (1997) *Proceso y Derecho Procesal (introducción)*. (2ª ed) Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. p. 579.

[134] La Sala Politicoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante fallo N° 00409 del 20 de marzo del 2001, ha ratificado el valor de las formas procesales frente al formalismo excesivo:

"la Constitución consagra expresamente el derecho de todos los ciudadanos de acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses y a una tutela judicial efectiva de los mismos. Tales principios, sin embargo, no pueden ser aislados de otros, sin los cuales éstos carecerían de contenido. En efecto, de acuerdo a la propia Constitución... el instrumento fundamental para la realización de la justicia lo constituye el proceso (artículo 257) y si bien no se puede sacrificar la justicia por apego conservador a formalidades no esenciales, entiende la Sala que el constituyente no ha querido establecer que el proceso en su conjunto, como instrumento de la realización de la justicia, se convierta en sí mismo en medio no esencial para el logro del fin último que es la justicia. Por el contrario, dentro de la multiplicidad de pasos sucesivos que conforman el proceso, es posible que exista una o varias formalidades no esenciales que puedan verse como dificultades para la administración de una justicia expedita, equitativa, imparcial, transparente y responsable, entre otras notas constitucionalizadas de la justicia; pero no se puede prescindir del proceso en sí, pues tal actividad supone la materialización en sede jurisdiccional del conflicto de intereses instalado en planos individuales o colectivos, que requieren de resolución efectiva y material mediante la administración de justicia; la cual, a su vez, no puede prescindir de los procedimientos legales preestablecidos para concretar su actividad". Disponible en: http://www.tsj.gov.ve

[135] Nawiasky, H. *Ob. Cit.,* p. 160.

En realidad existen dos argumentos *a fortiori*, el *a maiori ad minus* y el *a minori ad maius*,[136] siendo que la primera forma se aplica en el caso de una prescripción positiva y la segunda en el caso de una prescripción negativa.[137] Además, los argumentos *a fortiori* tienen en común con el argumento *a pari* (por analogía) el que ambos permiten concluir la igualdad de tratamiento de dos casos, pero en el argumento *a pari* se trata de conceptos comparativos que expresan que dos individuos u objetos poseen una cualidad en el mismo (o parecido) grado, mientras que en el supuesto de los argumentos *a fortiori,* uno de ellos lo posee en mayor grado que el otro.[138]

El argumento *a fortiori* es el argumento por el cual, dada una norma jurídica que predica una obligación u otra calificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos se debe concluir que existe o es válida una diversa norma que predique la misma calificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos que se hallen en situación tal de merecer, *a maggior ragione* que el primer sujeto o clase de sujetos la calificación que la norma dada acuerda al primer sujeto o clase de sujetos. De esta manera, en cuanto argumento interpretativo, el argumento *a fortiori* permite motivar o fundamentar la propuesta de una interpretación extensiva de un enunciado normativo, a manera de hacer incluir en sus términos aparentemente referidos a un sujeto singular o a una clase de sujetos, también otros sujetos o clases de sujetos; o de hacer incluir en sus términos referidos a un singular comportamiento o clase de comportamientos igualmente otro u otros comportamientos.[139]

---

[136] Tarello, G. *Ob. Cit.,* p. 356; Perelman, C. (1988) *La lógica jurídica y la nueva retórica*. (Tr.: Diez-Picazo, L.) Madrid: Civitas. p. 79; Ducci Claro, C. *Ob. Cit.,* p. 68.
Data venia de la opinión del egregio ius-filósofo venezolano J. M. Delgado Ocando, no resulta apropiado, a nuestro humilde entender, diferenciar el argumento *a maiore ad minus* (de lo mayor a lo menor), caso de conclusión inmediata *ad subaltematam propositionem*, del argumento *a fortiori*, ejemplificando el primero así: quien responde por negligencia leve, responde sin duda por la grave, y el segundo de esta manera: "si está prohibido en una vía pública marchar en bicicleta, con mayor razón estará prohibido marchar en triciclo" (Tammelo); o "si el Estado ha de prestar indemnización en el caso de una expropiación ajustada a derecho, con más motivo aún lo tendrá que hacer en el caso de una expropiación que sea objetivamente antijurídica" (Larenz). En primer lugar, el argumento *a maiore ad minus* debe ser planteado en el ejemplo traído a colación de la siguiente manera "quien responde por negligencia grave, responde sin duda por la leve", ya que la argumentación es precisamente de lo mayor a lo menor; en segundo lugar, como se ha expresado, este último argumento es sólo una de las formas del argumento *a fortiori,* pudiendo percatarnos de tal relación con los tres ejemplos aportados: todos vienen referidos a que dada la regulación jurídica de una conducta cualquiera, la misma regulación jurídica debe otorgarse, a título enunciativo, a conductas similares valoradas como de menor gravedad o de menor legitimidad, salvo disposición expresa en contrario. *Cfr.* Delgado Ocando, J. M. *Ob. Cit.,* p. 389.
[137] Perelman, C. *Ob. Cit.,* p. 79.
[138] Atienza Rodríguez, M. *Ob. Cit.,* pp. 181-182.
[139] Tarello, G. *Ob. Cit.,* p. 355.

A su vez, el *argumentum a maiore ad minus* corresponde al aforismo *Qui potest plus, potest minus*, vale decir, "quien puede lo más puede lo menos",[140] y consiste, según Kalinowski, en tener por ordenado o permitido, de manera implícita, que se haga algo "menor" de lo que está ordenado o permitido *expressi verbis*, por lo que la norma que sirve de base al razonamiento final no es la aplicable al caso previsto, sino otra de mayor amplitud.[141] Si bien el *argumentum per analogiam* o *a simili ad simile* y el *argumentum a maiore ad minus* coinciden en determinar, sobre la base de una interpretación lógico-sistemática y no simplemente filológica de los textos legales, si una misma disposición normativa, la del precepto aplicable a la situación jurídica prevista, debe aplicarse también a la análoga imprevista, lo cual implica la valoración de tales situaciones; se diferencian en que en el primer supuesto el juez estima que hay la misma razón para atribuir a esos hechos consecuencias jurídicas iguales, mientras en el segundo supuesto las razones no son iguales, una tiene más y otra menos peso, pero la diferencia es pequeña y, por encima de ambas razones, hay otra, válida para los dos casos, que justifica la igualdad de tratamiento,[142] por lo que habría de expresarlo mediante la proposición general: cuando el legislador otorga una protección jurídica fuerte a una situación de intereses, también le otorga la protección más débil.[143]

Por su parte, el argumento de la misma especie llamado *a minori ad maius* corresponde al aforismo "a quien le está prohibido lo menos, con mayor razón le está prohibido lo más"[144] y consiste, también según Kalinowski, en inferir de una prohibición que se juzga "menos importante", otra "más importante", por ejemplo, si no se permite pisar un prado, entonces, *a fortiori*, tampoco se permite arrancar el césped, porque tal conducta es más destructiva para aquel que pisarlo.[145] Aquí también se trata de dos situaciones diferentes, una prevista y otra no prevista por la ley, pero estimativamente se trata también no sólo de analogía, sino que revela desigual importancia, consideración teleológica que mueve al juez a pensar que en el supuesto de tal norma sólo se tuvo en cuenta

---

[140] Ducci Claro, C. *Ob. Cit.,* p. 68.
[141] Kalinowski, G. *Interprétation juridique et logique des propositions normatives*. En: *Logique et analyse. Nouvelle serie*. 2e. Année, Avril, 1959, 5, p. 135. *Apud*. García Maynez, E. (1997) *Filosofía del Derecho*. (9ª ed.) México: Porrúa. pp. 306 y 308.
[142] García Maynez, E. *Ob. Cit.,* p. 308.
[143] Schreiber, R. (1967) *Lógica del Derecho*. (Tr.: Garzón Valdés, E.) Buenos Aires: Editorial Sur. p. 74.
[144] Ducci Claro, C. *Ob. Cit.,* p. 69.
[145] Kalinowski, G. (1965) *Introduction à la logique juridique*. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence. pp. 164 y 137. *Apud*. García Maynez, E. *Ob. Cit.,* pp. 308-309.

el caso menos importante, y que, en consecuencia, esa norma implica a otra más amplia, que abarca las dos situaciones, la prevista y la imprevista.[146]

9. ARGUMENTO *A CONTRARIO*

El principio de que las leyes excepcionales o los preceptos que constituyen excepciones a una regla general son de interpretación restrictiva se comprende por sí solo, cuando se piensa que el objeto de la analogía es la investigación de la norma que debe regular casos no contemplados; mientras que, cuando hay casos que no entran en la norma excepcional, es palmario que se encuentran comprendidos en la regla general que existe en la ley misma, explícita o implícitamente, con lo que faltaría el fin de la analogía, que es el de llenar las lagunas, y se obtendría además el efecto de violar la ley sustituyendo a la regla general existente en ella por una norma diversa y contraria, cuando se considerasen como casos no contemplados los efectivamente previstos, en razón de no comprenderlos la excepción.[147] Lo que procede entonces es el llamado *argumentum a contrario*[148] o argumento a la inversa, el razonamiento que va desde la diferencia de los presupuestos a la diferencia de las consecuencias jurídicas[149] y que corresponde a las expresiones corrientes "incluida una cosa se entienden excluidas las demás", o bien, "quien dice de uno niega de los otros".[150]

El argumento *a contrario* es aquel argumento por el cual, dada una norma que predica una cualquiera calificación normativa (por ejemplo, un poder, una obligación o un *status*) de un sujeto o de una clase de sujetos, a falta de otra norma expresa se debe excluir que exista o sea válida una norma diversa la cual predique la misma calificación normativa para cualquier otro sujeto o clase de sujetos, por lo que en cuanto regla de interpretación sirve para motivar o para proponer una "interpretación literal" o "interpretación restrictiva".[151] De esta manera, cuando, de modo expreso o tácito, una norma circunscribe la aplicabilidad de su disposición exclusivamente a determinada clase de personas, de ella puede deducirse, interpretándola *a contrario*, la existencia de otra norma cuya disposición se opone contradictoriamente a la de la primera, y cuyo ámbito personal de validez está constituido por los no incluidos en el del otro precepto.[152] O como explica Larenz:

---

[146] García Maynez, E. *Ob. Cit.,* p. 309.
[147] Coviello, N. *Ob. Cit.,* p. 94.
[148] Ennecerus, L. y Nipperdey, H. C. *Ob. Cit.,* p. 213.
[149] Engisch, K. *Ob. Cit.,* p. 183.
[150] Ducci Claro, C. *Ob. Cit.,* p. 69.
[151] Tarello, G. *Ob. Cit.,* p. 346.
[152] García Maynez, E. *Ob. Cit.,* pp. 309-310.

> precisamente, porque la ley ha enlazado la consecuencia jurídica C (sólo) al supuesto de hecho A, aquélla no vale para otros supuestos de hecho, aun cuando éstos debieran ser similares a A.[153]

Pero si bien no cabe emplear el argumento por analogía (*a simili*) y *a contrario* con respecto a un mismo supuesto jurídico por ser excluyentes,[154] no siempre es fácil elegir entre el argumento *a simili ad simile* y el *argumentum a contrario*, cada uno de los cuales llevaría a soluciones distintas o abiertamente opuestas, generando la laguna de Derecho en esta circunstancia una antinomia que corresponde dirimir al juez. A modo de ejemplo, nos dice Lumia, una norma que prohíbe transportar perros en el autobús se suele considerar extensible a los monos argumentando analógicamente con el hecho de que ha sido dictada con el fin de impedir el acceso de animales incómodos a los vehículos públicos; pero, según los casos, sería posible llevar a una solución distinta argumentando *a contrario* si, por ejemplo, la norma hubiera sido motivada por una epidemia canina.[155]

Por lo tanto, fuera del criterio del carácter sistemático de una ley como razón fuerte para rechazar la extensión por analogía, no hay criterio externo que indique cuándo debemos recurrir a la inferencia por analogía y cuándo a la inferencia *a contrario*,[156] como corolario, la analogía no debe rechazarse nunca en razón simplemente de una interpretación literal o de una conclusión puramente lógica, sino únicamente a consecuencia de la valoración de la situación de los intereses del caso, en la consideración de las consecuencias justas o injustas que se puedan derivar. Sólo cuando esa valoración tenga como resultado que la ley ha excluido del supuesto de hecho de la norma determinadas configuraciones casuísticas que desconoce, y cuya situación de intereses no valora, vale decir, cuando disponga acabadamente la no consideración de determinados intereses, sólo entonces, se justifica el *argumentum a contrario*.[157]

García Maynez, tomando en consideración que la conducta que el Derecho regula únicamente puede hallarse prohibida o permitida y que, cuando está permitida, o es obligatoria o no es obligatoria, formula los principios, por aplicación del *argumentum a contrario*: i) cuando, en determinadas circunstan-

---

[153] Larenz, K. *Ob. Cit.,* p. 383.
[154] Atienza Rodríguez, M. *Ob. Cit.,* p. 182.
[155] Lumia, G. *Ob. Cit.,* pp. 84-85.
[156] Ross, A. *Ob. Cit.,* p. 147.
[157] Lehmann, H. *Ob. Cit.,* p. 98; Montes, V. L. (1977) *Comentario al Artículo 4-2 del Código civil*. En: *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Madrid: Tecnos. p. 216. *Apud*. Puig Brutau, J. p. 328.

cias, una norma jurídica permite cierta conducta solamente a tales o cuales personas, ello implica que, en las mismas circunstancias, esa conducta se prohíbe a todas las demás; ii) cuando, en determinadas circunstancias, una norma jurídica prohíbe cierta conducta solamente a tales o cuales personas, ello implica que, en las mismas circunstancias, esa conducta se permite a todas las demás; iii) cuando, en determinadas circunstancias, una norma ordena cierta conducta solamente a tales o cuales personas, ello implica que, en iguales circunstancias, las demás están exentas de esa obligación; iv) cuando, en determinadas circunstancias, una norma permite solamente a tales o cuales personas optar entre la ejecución y la omisión de cierto acto, ello implica que, en las mismas circunstancias, los demás no tienen tal derecho.[158]

[158] García Maynez, E. *Ob. Cit.,* pp. 310-311.

