

Fundamentación epistemológica de la Doctrina de la Protección Integral.

Prof. Mireya Bolaños González*

1.- Doctrina de la Protección Integral. Aspectos Generales.

La legislación venezolana en materia de niños y adolescentes ha sido objeto de atención a partir de la puesta en vigencia, en el año 2000, de la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescentes (LOPNA)¹ y dentro de ella el cambio de paradigma que plantea. En este sentido, se señala de manera expresa en la exposición de motivos de este texto legal que “en América Latina todas las legislaciones del mundo se sostenían en la doctrina o paradigma de la Situación Irregular. Después de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) las nuevas legislaciones deben responder al paradigma de la Doctrina de la Protección Integral” (DPI) (LOPNA, 2000). Este nuevo modelo refiere un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales² que constituyen su marco referencial (LOPNA, 2000) a partir de los cuales es imperativo “construir un nuevo derecho para niños y adolescentes, propiciar un cambio en las instituciones sociales a fin de activar ese derecho y pasar del reproche individual de la situación del niño a una consideración estructural del problema” (LOPNA, 2000, p.5). Este nuevo derecho por construir, elaborado en base al respeto de la persona humana, debe orientarse en base “a una serie de principios rectores que constituyen sus pilares fundamentales, a saber: El niño y el adolescente como sujetos de derechos, el interés superior del niño, la prioridad absoluta, la participación y el rol fundamental de la familia en la garantía de los niños y adolescentes” (LOPNA, 2000, p.5).

Tal y como puede observarse lo que se desprende de estos señalamientos de la exposición de motivos de la LOPNA y que subyace al cambio de paradigma aludido, no es más que la implementación por parte del Estado venezolano de un modelo integral

* Profesora de Derecho Penal General y Especial. Especialista en Derecho Penal. Magister en Filosofía. Investigadora de Planta del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas “Héctor Febres Cordero”. CENIPEC. Secretaria Coordinadora del CENIPEC. Universidad de Los Andes. Mérida. Venezuela. Este trabajo fue publicado en VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

¹ En el desarrollo de este trabajo se utilizarán las siguientes siglas cuyos significados son como se dispone a continuación: LOPNA: Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente; CIDN: Convención Internacional de los Derechos del Niño; DPI: Doctrina de la Protección Integral.

² Las reglas mínimas de las naciones unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); Las reglas de las naciones unidas para los jóvenes privados de libertad; las directrices de las naciones unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riyadh); El convenio N° 138 y la recomendación N° 146 de la Organización Internacional del Trabajo y la Carta de la UNESCO sobre la Educación para todos.

que lleva la cuestión de los niños y adolescentes, en toda su dimensión, al terreno de los derechos fundamentales, esto es, al espacio de la axiología jurídica, entendido dicho espacio no sólo como de absoluta actualidad, sino también de innegable polémica, en el que se ha obligado a los teóricos del derecho a desempolvar añejas posiciones y críticas en el marco del fenómeno del constitucionalismo del que no escapan los modelos legislativos de las democracias modernas.

Señala la exposición de motivos de la LOPNA que la DPI se apoya en seis instrumentos jurídicos de carácter internacional que abordan la materia y cuyo contenido es menester tener presente a fin de construir un nuevo derecho de niños y adolescentes basado en los derechos reconocidos en tales instrumentos. Así mismo, la DPI acogida en el modelo legislativo venezolano se formuló sobre la base de cinco principios fundamentales que guardan perfecta armonía con los principios contenidos en la normativa internacional.

Ahora bien, cabe reflexionar sobre lo siguiente, a fin de indagar sobre el fundamento último de esta propuesta garantista y protectora de derechos contenida en la DPI: ¿Es pertinente desde el punto de vista conceptual identificar la DPI con los principios que la fundamentan? ¿Atendiendo a la naturaleza cualitativa es posible equiparar doctrina y principios que la sostienen? O en su defecto ¿cada cual conserva la integridad de su propia condición?.

Esto es parte de la propuesta que conlleva el enfoque que quiere darse en este ensayo a la cuestión de la DPI y cuyos principios de fundamentación conocemos bajo la cualidad de principios jurídicos, pero cuyo conocimiento no implica necesariamente el conocimiento de la esencia y cualidad de la naturaleza de la DPI. Sabemos cuales son los textos internacionales sobre los que se sostiene la DPI y los principios jurídicos a que debe atender el derecho que corresponde hacer a partir de ellos. Sin embargo, más allá de las normas en que ella se exponga detalladamente, la DPI debe entenderse como una filosofía de pensamiento que implica un abordaje estructural de todo cuanto es pertinente al área de niños y adolescentes teniendo como fundamento un conjunto de principios de naturaleza jurídica sistemáticamente articulados que reflejan un modelo social, político y jurídico cónsono con las democracias sustanciales, respetuosa de los derechos fundamentales del sujeto y en abierta orientación garantista.

Estas nociones básicas de lo que debe entenderse por DPI en cierta forma asoman una orientación en la respuesta de las inquietudes antes formuladas, toda vez que delimitan los espacios propios de la doctrina en sí misma deslindándoles de lo que atañe a los principios jurídicos propiamente dichos que le sirven de sostén.

En la idea de conceptualizar la DPI existen distintas perspectivas desde las que esto puede intentarse; una de ellas es la forma conceptual comparativa partiendo justamente de un cotejo entre los principios básicos de la DPI y los principios de la derogada doctrina de la situación irregular. En relación a ello es suficiente señalar que esta última se sostuvo en la discriminación de los sujetos menores de 18 años de edad, generando para ellos categorías excluyentes; el abordaje del sujeto, indistintamente de la situación que se presentara, se hacía sobre la base de la tutela de la que éste era objeto, lo que implicaba una nula participación del mismo en las decisiones a tomar y, finalmente; puede señalarse que la doctrina de la situación irregular fue una evidente manifestación del derecho penal de autor en el que la sola condición del sujeto fundamentaba la criminalización y la consiguiente sanción de la que sería objeto; el papel tutelar del juez se centraba en la aplicación de medidas “proteccionistas”, cuya imposición, indefinida en el tiempo, implicaba en la gran mayoría de los casos, la restricción de derechos.

A diferencia de esto, la DPI recogida en la LOPNA se erige sobre el respeto de la condición humana, y por consiguiente atiende a los derechos inherentes al sujeto. Esta orientación garantista y respetuosa de los derechos humanos expuesta en la LOPNA, no es sino la materialización, tanto de los principios normativos internacionales como de los principios constitucionales consagrados en la carta magna, todo ello, en el marco del modelo político venezolano³ cuya legitimidad pasa justamente por el reconocimiento de tales derechos. En relación a ello valga señalar como muestra de la axiología jurídica recogida en la carta magna, los siguientes principios jurídicos: estado democrático y social de derecho y de justicia (art 2º)⁴; supremos valores del estado venezolano (art 2º);

³ **Artículo 6º C.V. 1999:** “El Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”.

⁴ **Artículo 2º C.V. 1999:** “Venezuela se constituye en un Estado Democrático y Social de derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, 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.”

superioridad de normas y principios constitucionales (art 7º); protección de los derechos humanos (art 19º); libertad personal (art 20º); igualdad ante la ley (art 21); prevalencia en el orden interno de los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos (art 23º). Siguiendo a Alexy (1997) puede afirmarse que el reconocimiento de tales principios constitucionales implica la incorporación como derecho positivo de las formulas principales del moderno derecho racional.

Esta sucinta relación de normas constitucionales muestra la filosofía axiológico-jurídica en la que se sostiene la estructura, naturaleza y funcionamiento del Estado venezolano; lo cual tendrá repercusiones e implicaciones de orden interno y externo en el campo de la aplicación concreta del derecho para la solución de casos singulares. Esto implica que el discurso normativo sostenido con base en el sistema jurídico venezolano no puede desligarse de los valores antes mencionados, puesto que por el reconocimiento de ellos pasa su propia legalidad y legitimidad. En tal sentido “el intérprete sólo puede abrir camino, en el marco de la legalidad, de la mano, a la vista y bajo la presión de los principios y valores positivizados en la Constitución, tratados públicos, y normas rectoras” (Fernández, 1999, p.32).

2.- Sucinta relación de los hechos que dieron lugar a la LOPNA.

El proceso de gestación de la normativa que contiene esta doctrina se desencadena a partir de la aprobación de la CIDN por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989⁵ ratificada por Venezuela en el año 1990⁶. Esta ratificación, como es sabido, implica la aceptación de dicha normativa como legislación interna por parte del Estado venezolano y trae como consecuencia dos fenómenos jurídicos de relevancia nacional. De una parte, pone al descubierto la necesidad de sincerar desde el punto de vista normativo de la realidad jurídica venezolana en materia de niños y adolescentes y fundamentalmente dentro de esta área lo pertinente al campo jurídico penal. Todo ello en razón de que a partir de la ratificación de la CIDN se produce una doble regulación de la materia, pues tanto la ley vigente para el momento de esta ratificación (Ley Tutelar del Menor)⁷ como la propia convención, constituían normas

⁵ Es pertinente señalar que paralelamente a la CIDN influyen en este proceso de armonización normativa y de la configuración de la DPI, los instrumentos normativos internacionales antes señalados (supra*).

⁶ Gaceta Oficial N° 34.541 del 29 de Agosto de 1990.

⁷ Esta ley entró en vigencia el 30 de diciembre del año 1980, Gaceta Oficial N° 2.710 extraordinario. Fue derogada en el año 1998 cuando fue puesta en vigencia la LOPNA.

validas y vigentes en la regulación de la materia, amén de que el artículo 23 de la Constitución venezolana de 1999⁸ otorga expresamente jerarquía constitucional a la CIDN.

La cuestión aporética en este sentido, viene dada por el antagonismo existente entre un texto y otro. Así, la doctrina de la situación irregular (Ley Tutelar del Menor) contradecía y violentaba los principios consagrados en la CIDN y a su vez la CIDN tenía rango constitucional. Esta contradicción normativa hacía imposible comprender, interpretar y aplicar dichas normas a los casos concretos, generando un ambiente de caos jurídico.

De otra parte, la ratificación de la CIDN permite que Venezuela haga parte del proceso de armonización normativa que en dicha materia experimentaban, para entonces, los países del cono sur y los países andinos; proceso que permitiría compartir proyectos, planes y prácticas necesarias para abordar y combatir las realidades comunes en esta materia, dando lugar a políticas sociales y criminales más consistentes.

Ambas experiencias trascendieron y dieron lugar a una serie de sucesos y eventos en el marco de los cuales se pretendía dar mayor consistencia a lo preceptuado en la convención, comenzando por la revisión, análisis y valoración de la realidad venezolana para el momento. Trascurre así, un tiempo en el que Venezuela mostró en distintas oportunidades⁹ el propósito de asumir el proceso de ajuste normativo requerido, hasta llegar definitivamente a la aprobación del texto que hoy conocemos. Entre tales eventos de interés cabe resaltar (Serrano, 2000): el anteproyecto de Ley Orgánica de Protección del Menor (1995); el anteproyecto de Ley Orgánica de Protección a la Niñez y Adolescencia (Segunda versión, 1996); propuesta del Instituto Nacional del Menor a la comisión especial del Congreso Nacional que estudia la reforma parcial a la Ley Tutelar del Menor (1996); anteproyecto de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del

⁸ Artículo 23 C. N 1999. "Los tratados, pactos y convenios 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"

⁹ Segunda Reunión Americana, Santa Fe de Bogotá (1994). Venezuela asume el compromiso de Nariño; reuniones técnicas entre UNICEF e INAM. Caracas (1994); Primeras Jornadas de Atención al Niño, Caracas (1990) UNICEF/CECODAP; creación de la Coordinadora Nacional de ONG'S de Atención al Niño (1991), entre otras (ver: Serrano, 2000, pp. 29-30).

Adolescente (1997 – 1998); proyecto definitivo de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente consignado ante el Congreso Nacional (1998 – abril); aprobación definitiva del proyecto antes mencionado por parte del Congreso Nacional (1998 – julio); sanción de dicho proyecto (1998 – septiembre); y finalmente la promulgación por parte del Presidente de la República (1998 – octubre).

Sin embargo, a pesar de tener este orden cronológico en los eventos que dieron lugar al texto normativo definitivo, esto no nos muestra las razones de fondo por las que se llegó a la DPI. Nos muestra, en cambio, un muy detallado recorrido de cada uno de los pasos que debieron agotarse para llegar hasta allí, pero *¿Por qué para llegar hasta allí y no a otra propuesta?* En un intento de acercarse a la esencia de la cuestión, es necesario retrotraer en el tiempo la indagación a fin de esculcar en algunas ideas básicas que permiten tal comprensión. En mi criterio, a la DPI subyacen razones de naturaleza histórica, socio-política y jurídicas que deben revisarse con una conciencia histórica en conexión con los procesos socio-jurídicos que han tenido lugar en la realidad venezolana más reciente.

3.- Doctrina de la Protección Integral.

3.1.- Fundamentación histórica.

Si nos remontamos algunos años en la historia de la humanidad encontramos que a mediados del siglo XVII se produce un cambio de paradigma en la forma de concebir y acceder gnoseológicamente al mundo. Esta ruptura se origina fundamentalmente en el marco del desajuste del sistema supranacional medieval que implicaba la superación de lo teológico como principio explicativo de la fenomenología universal e igualmente el desequilibrio del modelo feudal como forma organizativa social¹⁰. El rompimiento del modelo Escolástico se produce de manera progresiva, pero también de forma radical;

¹⁰ En relación a esta afirmación vale señalar que no siempre las perspectivas históricas se han entendido sobre la base de esta marcada fractura entre el medioevo y la llegada de la modernidad, entre el Estado Absoluto y el Estado de Derecho y con un sujeto político titular, monopolista de las funciones del imperio. Debe advertirse que es en la Edad Media cuando se construye la tradición europea de la necesaria limitación del poder político del *Imperium*. En esta época efectivamente se dieron situaciones de libertades jurídicamente protegidas, lo que podría parecer extraño dentro de una concepción en la que los derechos y su tutela son exclusivos de la época moderna protegidos por normas garantistas, generales y abstractas. Efectivamente el Medioevo tiene su particular manera de garantizar *iura* y libertades, aunque no se conocieron muchos casos de protección de *iura* y libertades a los individuos particularmente considerados; por el contrario, se conocieron casos de protección bajo la forma de estructuración corporativa. Valga señalar que uno de los países claves para el desarrollo del constitucionalismo moderno, Inglaterra, funda su identidad histórico-política sobre la continuidad de libertades medievales y modernas (ver, Fioravanti, 1996, pp.26-31).

trayendo como consecuencia una nueva cosmovisión caracterizada por la sustitución del principio teológico por el principio de racionalidad. Éste no tardó en hacerse de un buen espacio y en comenzar a tener resultados positivos dando respuestas lógicas del acontecer fenomenológico de la realidad. A partir de entonces el principio de razón no ha cesado en la tarea de explicar el devenir de los fenómenos universales¹¹.

Como es lógico pensar, a esta nueva cosmovisión, regida no por el principio de autoridad religiosa sino por el principio de racionalidad, no escapó el fenómeno jurídico. En relación a éste, se tenía a la razón cósmica divina como fuente primigenia del derecho. Este principio indicaba a los hombres el recto camino de la observación de las leyes en función del bien común y de la convivencia pacífica. Es así, como ante el hundimiento del sistema supranacional medieval se procura un sistema racional de normas válidas en todo tiempo y lugar, expectativa que quedó satisfecha con el derecho natural que ocupó un lugar central en el subsiguiente desarrollo de la teoría político-jurídica (Giner, 1997). Esta búsqueda llegaría irremediablemente a plantear la separación entre las normas creadas por el hombre, y las normas de origen divino, concluyendo que entre ambas podía darse una co-existencia pacífica. Tal separación se tiene como uno de los primeros acontecimientos jurídicos que, dentro del imperio de la razón, traería consecuencias de considerable trascendencia.

Abandonar el principio de autoridad religiosa para dar paso al principio de racionalidad, planteaba no sólo una nueva propuesta lógica, metodológica y al mismo tiempo gnoseológica; sino que implicaba una nueva postura ontológica del ser del hombre, social e individualmente concebido, lo que se tradujo también en un mayor acercamiento del hombre a su condición humana por el hecho de reconocerse en su mutabilidad; implicó además un autoreconocimiento del infinito potencial que había en su interior y que lo colocó de cara a una nueva moralidad mucho más terrenal enfocada a la propia condición humana.

En este panorama fue apenas natural que la inquietud intelectual dominara el quehacer humano en todas sus expresiones y que la necesidad del saber se hiciera cada vez más connatural a la condición humana, lo que explicó entre otras cosas, que el hombre no

¹¹ Ver: Giner, 1997; Cassirer, 2000; Copleston, 2004.

cesara de buscar los instrumentos y herramientas que legitimaran su nueva condición social y personal.

Movimientos como el Renacimiento (fines del siglo XIV al siglo XVI) en el que el centro de atención era la vida misma a la que se amaba intensamente al igual que a las cosas terrenas, servirían para impulsar el progreso de las ciencias (Giner, Salvador, 1997); el movimiento de la Reforma, en el que basta con mencionar a Lutero (1483 – 1546) y a Calvino, (1509 – 1564) quienes plantearon desde la religión una irreverencia casi inaceptable para un ser humano profundamente simple, pero colmado de fe y dueño de su destino, centro del universo y con una prestancia que lo afianzó en el individualismo como fuente de libertad interna; eran el escenario perfecto para un cambio de actitudes. También Maquiavelo (1469 – 1527) presenció y participó del rompimiento del modelo siguiendo con fuerza las transformaciones de la sociedad de entonces y mostró abierto interés por el poder, su desarrollo, explicación y fundamentación teórica, lo que vino afianzado por el hecho de haber presenciado el fin del principio de la autoridad religiosa al ver que el Papado se había convertido en un reino más y no en la cumbre de la pirámide teológico-feudal.¹²

Así, el pensamiento universal arribó a una época que cubrió aproximadamente el siglo XVI y parte del siglo XVII en la que se perciben con mayor claridad algunos procesos que se gestaron desde siglos anteriores. Shakespeare, Cervantes, Montaigne, De Vitoria, Groccio, Spinoza, Descartes, Pascal y Bodino figuran entre los nombres de quienes protagonizaron la novedad de las ideas propuesta en el marco de profundos y significativos cambios de la humanidad a nivel de todos los sentidos y en dimensiones nunca antes vistas. Estas transformaciones se hicieron sentir en el ámbito jurídico en un proceso que hasta hoy día es objeto de estudio y que marcó la pauta de todo el fenómeno jurídico de la sociedad moderna de aquel entonces, tal es el fenómeno de la positivización. Al abandonar el principio teológico como principio no sólo de explicación sino también de orden, era preciso hacer descansar la idea de orden en un concepto capaz de sostener el creciente desarrollo de la sociedad de entonces y los constantes cambios y avances que en ella se estaban suscitando como producto de su propia dinámica de gestación.

¹² Ver: Giner, 1997.

Esta idea de orden se hizo descansar entonces, en el concepto de ley, impregnado de la firmeza y la contundencia del recurso que debe dar cuenta de la contingencia de los cambios, de las nuevas experiencias, del crecimiento, de la movilidad social, entre otros; sin correr el riesgo de no poder afrontar la novedad. He allí el nacimiento del derecho positivo, que sirvió para constituir el Estado, para delimitar su funcionamiento y para mostrar los límites del espacio de los ciudadanos, entre otras funciones.

La forma como se ve reflejada esta nueva concepción ontológica del hombre en la DPI pasa por la revisión del concepto de persona -jurídicamente hablando-. Si bien es cierto que se trata de procesos históricos, es también cierto que dichos procesos han resultado determinantes para la configuración jurídica de los modelos políticos que nos rigen actualmente, de manera tal que hasta el presente, las formas jurídicas de organización de los seres humanos están condicionadas por ése concepto de persona humana que se gestó entonces y que progresivamente fue consolidándose. Y de manera mucho más particular la LOPNA, cuya estructura interna rompe de alguna manera la forma normal de las leyes, incluidas las de carácter orgánico, toda vez que se diseña desde principios normativos que se traducen luego en normas particulares en las que se acoge la singularidad de la materia que se aborda. Tales principios implican los espacios sociales y personales conquistados en aquellos procesos históricos, de manera tal que no está demás advertir el hilo conductor que determina el punto de llegada. No se reconocen en la LOPNA ni en la doctrina que la determina, derechos y garantías sino porque las legislaciones de un sistema como el nuestro están en buena manera condicionadas por razones y procesos históricos en los que se han ido gestando nuevas formas de interacción entre los individuos y el Estado, interacción que viene determinada por el respeto que le debe el Estado a los espacios conquistados por el ciudadano en su máxima expresión social.

3.2.- Fundamento político.

En esta nueva sociedad naciente a partir de los profundos cambios sociales que se estaban gestando y dirigida por un nuevo hombre conciente de la fuerza demoleadora del principio de razón que le asistía y que recién descubrió, se llevaron a cabo transformaciones de considerable trascendencia. Y fue este el panorama en el que Thomas Hobbes (1588 – 1679), teórico del absolutismo, desarrolló su propuesta

filosófico-política y rompió el paradigma del modelo de Estado hasta entonces conocido¹³. La filosofía política que Hobbes propuso y que gestó en el marco de la Guerra Civil inglesa (1642) le imprimieron a su planteamiento un evidente matiz vivencial que se percibió tanto en la coherencia lógica de sus ideas como en las soluciones y alternativas de lo que para él fueron las situaciones aporéticas propias para la discusión y el ingenio. Hobbes consolidó su planteamiento teórico en un momento en el que la superación del principio teológico, como principio explicativo de los fenómenos, había traído como consecuencia que Dios y todo lo que a él fuera pertinente debía ser abordado por la teología y de otra parte, la naturaleza y su conocimiento debían ser abordados por la filosofía. A partir de esta distinción se facilitó el modelo de orden social basado en la ley escrita creada por los hombres. En tal sentido, Hobbes se esforzó en mostrar que el principio de razón, que tan buenos resultados había aportado en las áreas del saber, generando una sensación de dominio y control sobre todo tipo de acontecimientos, sería también satisfactoriamente aplicado al ámbito de lo social, a la conformación del Estado así como a su estructuración jurídica.

En este sentido, Hobbes comenzó a replantear la configuración originaria del Estado y propuso desmembrar y separar cada una de las voluntades que la conforman para reagruparlas nuevamente a través de un procedimiento específico que evidencia una nueva forma de orden. El método de reestructuración del Estado que Hobbes propuso va de la singularidad de la voluntad de cada ciudadano hasta la conformación definitiva del Estado, pasando por el convenio que suscriben los intervinientes. Cada participante se encontró en igualdad de condiciones frente a los otros, por tanto nadie está facultado para gobernar, decidir o mandar. Esto es lo que Hobbes llamó el *Estado de Naturaleza*, entendido como una condición del Estado social en la que no existen limitaciones impuestas por terceros y en la que deben expresarse con la mayor habilidad posible las

¹³ El modelo de Estado hasta entonces conocido era el Estado construido desde el modelo explicativo teológico-feudal (Aristotélico), caracterizado por la condición del hombre de vivir en comunidad, así como por su condición desigual. La forma de instituir este Estado es mediante un proceso natural evolutivo que sufre la familia vista cuantitativamente, de manera tal que de la forma originaria de la familia se pasa a la aldea, de esta a la *polis* y así sucesivamente hasta llegar al Estado, que resulta de la progresiva complejización de la estructura originaria y básica de la familia mediante un proceso evolutivo y no racional como es el caso de la propuesta hobbesiana. En este Estado imperaron formas de desigualdad caracterizadas por la inferioridad y la superioridad de unos frente a otros. En la propuesta aristotélica el principio legitimador del Estado es la necesidad social y la naturaleza gregaria del hombre. La superación de este modelo significó el abandono de la idea del gobierno de los dioses para así poder argumentar, explicar y demostrar que el hombre es el creador de las normas a partir de las cuales se regirá el comportamiento de todos entre sí y de todos en relación con quienes detentan el poder (Aristóteles, 1998).

potencialidades personales para poder sobrevivir. Es la condición social en la que todos tienen derecho a todo y sólo les limitan sus propias capacidades (Hobbes, 1999).

Este hombre precario, de sentimientos egoístas, ambicioso, pasional, que se siente completamente libre, estaba dotado de razón, principio humano que le indicaría que las condiciones del Estado de naturaleza debían ser superadas, por lo que aparece la figura del pacto sostenido sobre la idea de un acuerdo de todos, generando la posibilidad de crear un espacio alternativo a la guerra y al caos. Sin embargo, esta idea no tendría éxito a menos que se hiciera reposar en formas de control ejercido por alguien específico a quien se cediera una cuota de los derechos de la mayoría, las cuales serían manejadas en aras del beneficio y utilidad común.

Ahora bien, quien ejerza el control en beneficio colectivo deberá hacerlo sobre la base de pautas o reglas de conducta de obligatorio cumplimiento que deberán observar todos sin excepción, lo que vendría por vía natural a través de la convicción personal que dicta la recta razón, señalando que este es precisamente el camino adecuado para la obtención de la paz (Hobbes, 1999). Indistintamente del tipo y la forma de contratación que propuso Hobbes a través del pacto, lo importante es advertir que esta propuesta sólo podría funcionar fundamentada en una estructura normativa que estableciera claramente las reglas del juego, tanto para quienes estaban encargados de la administración del poder como para los súbditos; y cuya normatividad estuviera bajo el control humano y no divino. He allí el imperio de la ley jurídica creada por el hombre y que fungiría como instrumento suficientemente contundente para el resguardo de que la voluntad de la minoría sería atendida y obedecida por el todo social. Hobbes es contundente en expresar que no existen dos poderes sino sólo uno, el poder que proviene del Estado (Hobbes, 1999).

Ya el Estado no es creación divina y su funcionamiento no se rige por leyes que vienen impuestas por la voluntad de Dios, esto replanteó además el problema ontológico de la condición del hombre, pues ahora éste se convirtió en el protagonista de sus aciertos y desventuras y se colocó en el centro de la toma de decisiones de los asuntos de su interés¹⁴. A partir de entonces las leyes creadas por los hombres son entendidas como

¹⁴ En la obra de Hobbes (1999) el derecho escrito irrumpe con la fuerza de la autoridad que determina lo permitido y lo prohibido generando formas de control para el comportamiento humano. La norma jurídica

dispositivos normativos de naturaleza imperativo-coactiva creadas en forma exclusiva por quien ejerce el poder soberano para el ejercicio del control de la sociedad. A grandes rasgos este proceso es lo que se conoce en filosofía política como la estructuración del Estado moderno, cuya instauración y funcionamiento con base en la ley escrita de origen humano, significó el imperio de lo jurídico así como los primeros pasos de lo que posteriormente se conocerá como Estado de Derecho, teoría cuyo originario desarrollo se ubica históricamente en Alemania.

La propuesta hobbesiana se enmarcó en lo que se denominó una concepción individualista de las libertades que se originan con el *iusnaturalismo*, que se encarga de sustraer al sujeto del espacio de los estamentos y con base en la igualdad convertirlo en titular de sus derechos. En esta perspectiva, el contrato social es el instrumento de edificación de la sociedad política, proceso que se produjo por voluntad y decisión de los individuos. Esto significó que el Estado que nació de este acuerdo sólo vino a consolidar y a ordenar lo que ya existía, por tanto no es creador de nada y no apareció para fundar nada, sino sólo para reconocer. En este modelo la organización de sujetos políticamente activos conformó en sí mismo un poder constituyente autónomo que precede los poderes que se están creando con el Estado mediante un convenio; de allí que el constitucionalismo moderno asiente sus raíces en *la necesidad de garantizar los derechos y libertades reconocidos*.

Esto puede ilustrarse señalando que la relación entre el individuo y el Estado, de igual forma que la relación que se da entre súbdito y amo, se rige por una correlación de fuerzas. De manera tal que si el Estado es respetuoso de derechos y se construye sobre un modelo garantista y protector de espacios reconocidos universalmente como propios de los ciudadanos, significa que en ese Estado el individuo tiene un espacio prudencial en el cual moverse y desenvolverse en su dinámica social y personal; por el contrario, si el Estado es arbitrario, represivo y expresa su razón de Estado mediante la aplicación del máximo control, significa que en ese Estado el individuo cuenta con muy poco espacio de movilidad, no pudiendo expresarse del todo y en la mejor medida posible;

acá se presenta como una categoría propiamente jurídica imbuida de una fuerza y un carácter definido dentro de lo jurídico presentándose con una naturaleza que le es propia desde la esencia coactiva imperativa que garantiza así su mayor efectividad.

significa que la holgura en materia de decisiones es de total dominio y control del Estado. A mayor espacio para el Estado menor espacio para el individuo y viceversa.

El ocaso del siglo XVII y la llegada del siglo XVIII se producen en el apogeo del absolutismo moderno propuesto por Hobbes (1999) y asumido parcialmente por sus seguidores y con ellos la sustanciación de nuevas exigencias políticas por parte de la ciudadanía, así como de nuevos compromisos asumidos por quienes ejercían el poder soberano. El curso del siglo XVIII estuvo marcado por la cristalización de los planteamientos novedosos que ya se venían gestando desde el renacimiento, y que de manera progresiva fueron tomando forma. Tales planteamientos vieron su expresión jurídica en un momento histórico que se conoce como la Ilustración y que se identificó básicamente por “una considerable reducción en la inhumanidad en el trato de los gobernados, fomento de la educación popular, proceso de igualación de los súbditos frente a la ley, afirmación de la libertad religiosa, limitación de la tortura judicial” (Giner, 1997, p.275).

En este escenario en el que imperó la razón, entendida como una “energía, una fuerza que no puede comprenderse plenamente más que en su ejercicio y en su acción” (Cassirer, 2000, p.28), son necesarios algunos señalamientos sobre Locke (1632 – 1704), quien también mostró interés, entre otras áreas, en la cuestión de la formación del Estado y su fundamentación lógico-jurídica. Para entonces, nociones como la irrepetibilidad, singularidad y originalidad se entendían estrechamente vinculadas al concepto de ser humano, dando al hombre una nueva dimensión ontológica. Locke mostró abierto desacuerdo con la pretensión absolutista del poder inclinándose por el régimen burgués representativo (Locke, 1983). Aunque al igual que Hobbes, Locke partió del Estado de naturaleza en el que los hombres son iguales y libres, este *Estado de naturaleza* no es un estado de guerra. Los sujetos activos políticos se organizaron y confiaron el ejercicio del poder a algunos pocos que lo ejercían sobre la base de claras limitaciones y por vía de representación. Tal representatividad era producto del libre consentimiento de todos, pero no puede concebirse en detrimento de los derechos de éstos (Locke, 1983). Libertad e igualdad en Locke son estados propios de la condición humana, y sobre ellos estructura este filósofo la fundamentación de la filosofía liberal

burguesa¹⁵, aunado con su planteamiento sobre el derecho de propiedad al que entendió como connatural a la condición humana traduciéndolo en la capacidad innata que se tiene de transformar cualquier cosa que la naturaleza haya proporcionado, sacándola de su estado original y poniéndola al servicio de la satisfacción de una necesidad personal¹⁶ (Locke, 1983). Locke (1983), señaló abiertamente que las razones que llevaron a los hombres a abandonar el estado de naturaleza a pesar de no ser un estado de guerra, fue la preservación de la propiedad. También es de interés resaltar que en la obra de este filósofo (1990) se mostró clara, pero incipientemente, una teoría de la separación de los poderes que posteriormente retomará y desarrollará en su máxima expresión Montesquieu.

Sin embargo, aunque en materia de separación de los poderes no es Locke el autor que de primer momento se asocia con esta teoría, no por ello puede dejar de reconocerse que fue el “creador de la teoría político-constitucional porque nadie antes de él estableció la distinción de los poderes del Estado” (Costa, 1953, p.89). Esta propuesta de la separación de los poderes estaba estrechamente vinculada con las limitaciones que Locke entendió como necesarias en el ejercicio del poder, pues si el Estado se había instaurado con objetivos muy bien delimitados, era obvio que su ejercicio no podía degenerar en arbitrariedad, más por el contrario debía estar siempre al servicio de los intereses de los súbditos y fundamentalmente del resguardo de sus intereses. De allí que su planteamiento dista mucho del de Hobbes, a pesar de nacer de un tronco común.

En Locke tanto como en Hobbes la constitución del Estado y su funcionamiento se apoyaron firmemente en el recurso de la ley escrita de creación humana y con mayor razón en la propuesta de Locke ella es una barrera de contención ante los excesos del soberano. La ley es entonces no sólo un mecanismo de control sino que su creación es puesta al servicio del control del comportamiento de los individuos y del propio Estado.

¹⁵ El reconocimiento de la libertad y de la igualdad como estados connaturales al ser humano constituyó un paso de vital importancia para el reconocimiento de tales derechos en los estados democráticos modernos y sirvió de fundamento a la axiología jurídica que los caracteriza.

¹⁶ El derecho de propiedad se expresó mediante la fuerza o la energía transformadora que reposa en el interior de cada persona y que justamente por ser personalísima no está a la disposición del soberano, razón por la que sirve para fundamentar los límites en las actuaciones de éste, consolidándose de esta forma el liberalismo político. La exaltación del derecho de propiedad a la categoría de derecho natural razonado a partir de la justificación de la propia naturaleza humana y el novedoso tratamiento que Locke planteó para la ley escrita, son los razonamientos teóricos que se requerían para consolidar a la clase burguesa como un estamento social autónomo con características propias y fundamentalmente para vincularla con una actividad económica diseñada para garantizarle el éxito (ver Locke, 1990).

En el marco de esta misma filosofía y habiendo recibido la influencia de Hobbes, de Locke así como de otros enciclopedistas, valga comentar algunos aspectos resaltantes de Montesquieu quien comulgó con la idea de entender y comprender la sociedad a partir de los mismos principios explicativos de las ciencias naturales. Montesquieu descubrió que el funcionamiento de las sociedades se manejó por leyes intrínsecas distintas a las del mundo físico y sometidas a la voluntad de los particulares, por lo que advirtió que debían crearse leyes por parte de la autoridad en procura de la paz social. En su propuesta del gobierno limitado por la división de los poderes se ubicó, según un sector de la doctrina, la semilla del constitucionalismo moderno recogido tanto en la constitución norteamericana de 1776, como en la francesa de 1791. La teoría de la división de los poderes no sólo estructuró el poder sobre la base de la separación de funciones sino que además trajo aparejada una nueva funcionalidad política en la que la asignación de funciones por separado limitó el poder del soberano y garantizó la libertad del ciudadano (Giner, 1997).

Es evidente que en materia de constitución del Estado, tanto Hobbes como Locke y Montesquieu¹⁷, entre otros, formularon propuestas filosófico-políticas en las que se abrieron espacios de reconocimiento y respeto de los derechos inherentes al ser humano, individualmente concebido, lo cual no es más que el resultado de todos los procesos antes señalados, reafirmado y consolidado en el marco de la ilustración, en cuyo seno se produjo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, máxima expresión del reconocimiento de los derechos del hombre en su nueva dimensión.

Así las cosas, ideas como el individualismo; la igualdad natural del hombre, traspolada luego a la igualdad social y por tanto ante la ley; el imperio de la razón que buscaba denodadamente, de una parte la forma en que deben organizarse los hombres para convivir en paz y que desembocó en un contractualismo mejor elaborado y acabado como es el de Rousseau; y, de otra parte, sustituir la infamia y la degradación humana como el único escenario posible de “hacer justicia”, teniendo como base las normas jurídicas en tanto que instrumentos idóneos para establecer controles y regulaciones en sociedades cuantitativamente estructuradas de forma mucho más compleja; la

¹⁷ Cabe destacar que en este mismo orden de ideas se expresan autores como Rousseau, Marat, Beccaría, Kant y Maquiavelo, entre otros.

representatividad como la manera en la que se garantizaba la participación de todos; la nueva dinámica socio-económica que fue paulatinamente delimitando su forma con el despertar; y la consolidación de la clase social burguesa, son todos fenómenos que fueron tomando cuerpo con el curso de los años, perfeccionándose y enriqueciéndose con los aportes de unos y de otros, siguiendo el curso natural de aquello que se mostraba con aires revolucionarios, criticando y cuestionando lo existente y pidiendo su sustitución por nuevos modelos que se ajustaran a los cambios vividos. Esta complejidad fenomenológica desembocó, finalmente, en la Revolución Francesa (1789), donde estas ideas vieron cristalizar su más perfecta e insuperada expresión¹⁸ en un texto jurídico de inmedible trascendencia histórica para la humanidad.¹⁹

¹⁸ La importancia de la Revolución Francesa estriba en ser la que representa, en sus consecuencias, con mayor plenitud, la consolidación de las instituciones políticas, los valores culturales y las relaciones económicas que caracterizan a la burguesía (Ginner, 1997, p. 351) ... La Revolución francesa no es sólo la más grave, por sus consecuencias internacionales, de cuantas se producen desde fines de la Edad Media, sino que significa también la maduración de ciertos procesos, como el de secularización, cuya expansión no siempre presenta una faz violenta, sino que a menudo se la ve crecer con segura lentitud, para irrumpir luego bruscamente en medio de los acontecimientos revolucionarios. (Ginner, 1997, p. 352). Entre los concretos resultados de la revolución Francesa se pueden mencionar 1.- Primero en Francia, y luego en los demás países de Europa, se inicia una desintegración cada vez mas completa de las relaciones feudales de vida. La libertad comienza a ser entendida como facultad inherente a todo individuo, no sólo en la teoría, sino también en la práctica. Se piensa que la libertad y dignidad individuales deben estar garantizadas por la ley. 2.- Se extiende el republicanismo como forma adecuada al regimiento moderno de la cosa pública. *Se tiende hacia el constitucionalismo, así como hacia la ley explícita y racionalmente codificada.* La ultima fase de la Revolución, representada por la dictadura napoleónica, hace mas énfasis en lo segundo que en lo primero, pero, en su conjunto, la herencia de la Revolución se extiende al nivel del derecho público en forma de constitución y al del derecho privado a través de la codificación de las leyes. 3.- Se consolidan las formas capitalistas de producción. La Revolución tiene lugar en un marco económico preindustrial, pero entrega el poder a las clases que van a fundar el industrialismo y las finanzas modernas, las clases burguesas. 4.- El proceso de secularización y el racionalismo que se perciben desde el Renacimiento temprano, se intensifican considerablemente, y a todos los niveles. Aumenta la eficiencia de la administración pública, se extiende la burocracia estatal, se populariza la enseñanza y se deslinda en la práctica (aunque no siempre en forma absoluta) la educación religiosa de la educación científica. 5.- El bienestar social se convierte en objetivo práctico y explícito de los gobiernos. Éstos empiezan a legitimarse no sólo por su representatividad democrática, sino por su presunta eficacia en conseguir objetivos de interés nacional: prosperidad, expansión social, sanidad pública, avance de la ciencia. Ello no quiere decir que los gobiernos burgueses posrevolucionarios actuaran exclusivamente según este principio, sino que su existencia actúa como una fuerza moral y, a menudo, como móvil para las demandas populares de las décadas subsiguientes. 6.- La libertad de pensamiento y opinión – expresadas en los escritos de pensadores como Spinoza, Milton y Locke- consigue plasmarse en los textos legales liberales. La llamada libertad de pensamiento tampoco triunfará en forma absoluta, pero se tornará, como el deseo de bienestar social, en uno de los anhelos fundamentales de la mayoría de los escritores y científicos, amén de grandes sectores de la población. Ello va ligado a la enorme expansión de la prensa periódica que experimenta a partir de la Revolución Francesa.

¹⁹ Es universalmente conocido el 26 de Agosto de 1789, fecha en la que la asamblea constituyente de la ciudad de Paris adopta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; Declaración que representa “la consolidación de la primera gran victoria burguesa contra el antiguo régimen así como la materialización legal de los principios teóricos elaborados por los filósofos del Derecho natural y por los fundadores del liberalismo” (Giner, 1997, p.357)

La LOPNA conjuntamente con la doctrina sobre la que se apoya, son el fiel reflejo de la propuesta individualista en el reconocimiento de las libertades de los ciudadanos, toda vez que delimita de manera clara las formas de respeto del Estado frente al individuo en su condición de titular de derechos y garantías. Las formas políticas de los gobiernos determinan el tipo de legislación sobre la que fundamentarán sus actuaciones y al mismo tiempo tales legislaciones serán legítimas en la medida en que respeten los límites políticos de tales sistemas. En el caso que nos ocupa es preciso señalar que la LOPNA tuviera en cuenta la forma de gobierno democrático, social, de derecho y de justicia que está definido en la constitución del Estado Venezolano, de allí su legitimidad y consiguiente validez.

3.3.- Fundamentación jurídica.

Los procesos descritos en los ítems anteriores y que se vinieron gestando desde la Edad Media, consolidándose con el iusnaturalismo y que deviene finalmente en lo que se conoce como constitucionalismo, tiene su forma más notoria en la identificación de la teoría de los poderes cuyo antecedente de mayor peso es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Tal identidad se mantiene en la actualidad en el plano político y jurídico adicionándose en el siglo XIX la teoría del garantismo en Francia y la del Estado de Derecho en Alemania²⁰. En esta etapa de la evolución social de la humanidad el funcionamiento estatal, así como la vida de los individuos que conforman el Estado, se rige y se resguarda mediante normas. El imperio de lo jurídico-normativo que viene tomando forma desde Hobbes adquiere en este estado de la cuestión la fuerza de lo universal y la contundencia de lo irrefutable.

A partir de entonces, el modelo de la configuración de los Estados con base en los documentos escritos constitutivos de los mismos y fundantes de su legitimidad, se universalizó y es asumido por todos los sistemas políticos del mundo, indistintamente del grado de inclinación que tenga por el respeto de los derechos de sus ciudadanos. Originariamente en el modelo hobbesiano la tarea tutelar del Estado en relación a los

²⁰ El garantismo consiste en la exigencia de tutelar en el plano constitucional los derechos fundamentales del individuo por lo que el problema de la organización del Estado está orientado a la exigencia de garantizar a todos los individuos la libertad del poder político. El Estado de Derecho, en cambio, significa que siendo que el Estado persigue sus fines sólo en las formas y límites del derecho, éste debe garantizar a los individuos la certeza de su libertad jurídica, lo que significa que el Estado debe intervenir en la esfera de los derechos subjetivos de la persona sólo si justifica su actuar por una ley general, pero también significa completa separación entre función ejecutiva y legislativa, esta última ejercida conforme a decretos respetuosos de las leyes generales (Bobbio, et al, 2002, pp.340-341).

derechos del individuo, estaba concentrada en el derecho a la vida extendiéndose luego a otros derechos, dando lugar a las primeras declaraciones de derechos así como a las primeras constituciones que se conocen. Posteriormente, la protección se extiende hasta los derechos políticos y de allí a los derechos sociales, por lo que la historia del constitucionalismo no es sino la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos (Ferrajoli, 2001). Así, la lista de los derechos constitucionalizados dejó de referirse a los derechos naturales de la tradición iusnaturalista para pasar a conformar complejas redes normativas destinadas a la protección tanto del interés personal como del interés colectivo. La dignidad humana que es el valor fundamental tanto de la democracia como del Estado liberal, ya no es el correlato del individuo aislado y soberano absoluto de su espacio vital, sino que se corresponde con una imagen de *hombre* fundada en el concepto de *persona* (Baldassarre, 2004).

Tal y como lo señala Ferrajoli (2001) “el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista [...] Las constituciones son contratos sociales de forma escrita y positiva, pactos fundantes de la convivencia civil generados históricamente por los movimientos revolucionarios [...] Si es cierto que los derechos fundamentales no son sino el contenido del pacto constituyente, hemos de reconocer a Thomas Hobbes, la invención de su paradigma”.

A partir de entonces el fenómeno jurídico enfrentó una nueva realidad ontológica que vino dada por la condición de ser “puesto” por la autoridad competente; es el momento que se conoció como positivismo jurídico-clásico, a partir del cual la juridicidad de una norma viene dada por su positividad que se manifestó mediante el principio de legalidad. Sin embargo, más allá de esta nueva connotación de lo jurídico-positivo, es claro que los pactos que fundaron las primeras formas de organización social no sólo estatuyeron formas de control y regulación del quehacer colectivo sino que lo hicieron sobre la base del respeto del nuevo hombre que estaba naciendo.

Se produjo entonces, una estrecha relación dialéctica entre la nueva realidad ontológica del hombre y su nueva condición expuesta en el estamento jurídico que no sólo le controló espacios, sino que le reconoció y resguardó derechos inherentes a su condición humana. Este reconocimiento de derechos mostró cómo la norma jurídica no se redujo

sólo a la forma sino que trascendiendo el “cómo” llega a abordar el “que”; adentrándose en los espacios de lo que se conoce como axiología jurídica. La vida, la libertad, la seguridad, la disidencia, la propiedad, entre otros estados sociales, abandonaron su condición originaria y adquirieron la categoría de valores, entendidos como el sustrato último de la norma jurídica. El reconocimiento de estos valores redujo el espacio del Estado, quien asumió obligaciones de resguardo y garantía frente a los mismos, y consolidó al individuo, reconociéndole como titular de éstos y en consecuencia capaz de hacerlos valer. Lo valorativo impregnó los espacios jurídicos y la norma es el vehículo necesario para garantizar, proteger y reclamar derechos de los seres humanos. El contenido de la norma jurídica traspasó las barreras de lo simplemente puesto por la autoridad competente mediante un procedimiento determinado.

En tal sentido, las constituciones decimonónicas recogieron en sus textos los derechos naturales, inalienables e imprescriptibles del hombre y cuya tutela era indispensable para la constitución de la comunidad pacífica. Tales derechos se entendieron, y aún hoy se entienden, como límites sustanciales vinculantes al ejercicio del supremo poder del Estado. Este principio de la supremacía de la ley implica que en la actualidad todo poder político debe estar legalmente limitado²¹.

Los aspectos políticamente relevantes de las organizaciones jurídicas modernas son: la separación de los poderes y la garantía constitucional de las libertades. El primero está ligado a las organizaciones jurídicas democráticas y el segundo al surgimiento de las organizaciones jurídico liberales. En una u otra forma de organización la delimitación de los derechos fundamentales pasa por la consideración del valor de la persona humana asumida como fin en sí mismo. En tal sentido, igualdad, democracia, paz y la ley del más débil se debaten, en la actual teoría del derecho, como los cuatro criterios axiológicos que sostienen la noción de derechos fundamentales. Estos criterios se

²¹ Es pertinente recordar que el principio de gobierno limitado es ejercido hoy en día, en primer lugar, por medio de constituciones escritas contentivas de normas jurídicas vinculadas entre sí, reguladoras del funcionamiento del poder y protectora de los derechos del ciudadano, en segundo lugar, esta constitución es rígida pues sus normas no pueden modificarse ni interpretarse por voluntad legislativa por su carácter supremo; en tercer lugar, la existencia de una corte judicial encargada de resolver los conflictos entre los órganos del Estado y controladora del apego de las decisiones a las normas fundamentales (Bobbio, et al, 2002.). Para el caso venezolano resulta ilustrativo en relación a la limitación en el ejercicio del poder, lo expuesto en los artículos 19, 25, 26, 43, 44, 45 y 49 ord 6º de carácter constitucional.

convierten en los fines para cuya obtención los derechos fundamentales son el medio necesario (Ferrajoli, 2001).

En opinión de Fernández (1999, pp. 34 y 49)

“el principio es la apertura al fin de protección y el fin de protección no puede realizarse sino en el marco de los principios o estar en todo caso ajustado a su sentido valorativo primordial. La norma es por cierto el medio para alcanzar el fin superior que representan los valores contenidos en los principios del ordenamiento jurídico [...] Un principio rector es una pauta ético política del gobierno jurídicamente administrada, pauta en que se poyan las propias normas de gobierno y desde luego el gobierno de las normas y por las normas.”

A partir de este planteamiento se pueden conceptualizar estos derechos, tanto desde una perspectiva formal, que refiere *cuáles son* los derechos fundamentales consagrados en un ordenamiento jurídico, como en una perspectiva material, que refiere *cuáles deben ser* los derechos que se reconozcan bajo esta categoría. La primera perspectiva alude a la descripción de los derechos que bajo tal calificativo han sido recogidos en un determinado ordenamiento jurídico, mientras que la segunda perspectiva alude a la expectativa que debe quedar cubierta bajo la denominación de derechos fundamentales en dicho ordenamiento jurídico, es decir, los derechos que se deberían incluir bajo tal denominación (Ferrajoli, 2001).

Una y otra forma de conceptualización de los derechos fundamentales aportan enfoques marcados por la temporalidad y la singularidad de un ordenamiento jurídico determinado y más allá de las características tutelares, más o menos favorables de un ordenamiento jurídico en el reconocimiento de los derechos fundamentales, el concepto de éstos debe girar en torno a la condición de generalidad y abstracción y por tanto deben estar al servicio de cualquier ordenamiento jurídico. Por ello Ferrajoli (2001, p.290) se inclina por una propuesta conceptual formal que atiende a la estructura que dicha expresión está llamada a cumplir en relación con la funcionalidad protectora que le ha sido encomendada.

En este sentido, puede entenderse por

“*derechos fundamentales* aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos, en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar, siendo rasgos definitorios de su estructura: su forma universal de

imputación; su carácter de regla general y abstracta y su carácter indisponible e inalienable en tanto incumben de igual forma y medida a todos sus titulares.”

(Ferrajoli, 2001, pp.291-292).

Tales derechos en un sistema político como el venezolano deben identificarse únicamente con el ideal de justicia y en ninguna medida con un fin específico que se les atribuya pues en este sentido estarían siendo instrumentalizados en función de la obtención de dicho fin. Cuando los derechos fundamentales se orientan en función de un fin específico, se corre el riesgo de que tales fines no sean, en un momento histórico y en un sistema político determinado, los valores inherentes a la persona humana y la garantía del respeto por sus derechos.

Ahora bien, resta señalar que hoy en día la propuesta normativa de un Estado que se precie de ser democrático, no escapa a la teoría de los derechos fundamentales, entre otras razones, por la universalidad del sujeto titular de tales derechos. El concepto de persona humana trasciende las barreras de cualquier forma jurídica para llegar a convertirse en un concepto definitorio y condicionante de sistemas políticos y dentro de éstos de los sistemas jurídicos.

Los derechos fundamentales son la base de los sistemas constitucionales democráticos, generando una legalidad por y para los valores o una legalidad constitucional reflejada en un ordenamiento superior cuyos principios fundamentales constituyen al mismo tiempo los parámetros de valor positivo y materiales de la legitimación y medida de la legalidad (Baldassarre, 2004). De esta manera queda superado el modelo de Estado Liberal dando lugar al Estado Democrático Constitucional, cuya condición se refleja no sólo en el limitado ejercicio del poder, sino también en la garantía de la tutela de los ciudadanos en sus derechos fundamentales.

4.- El modelo de Estado venezolano y la DPI

El Estado venezolano no escapó al modelo constitucionalista de base axiológica a que se ha hecho referencia. Políticamente su funcionamiento se define sobre la base de los principios democráticos y de separación de los poderes y su cualidad se describe en el artículo 2º (ver infra 3).

Así mismo, en el artículo 3º del mismo texto jurídico²² se señala la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución como uno de los fines esenciales del Estado. Una y otra norma –artículo 2º y 3º constitucional- se complementan y el contenido del uno refiere directamente al contenido del otro, pues un Estado no puede pretender la condición de democrático y social de derecho y de justicia obviando el reconocimiento de tales derechos y garantías y eludiendo la asunción de ciertas obligaciones en función de que tales derechos se hagan efectivos.

En la Constitución Venezolana de 1999, conformada por principios, como es usual en las normas de naturaleza constitucional, se consagraron directrices que precisaron ser desarrolladas o explanadas en todas sus implicaciones, formal y materialmente, en las legislaciones ordinarias. En tal sentido, es pertinente recordar que los principios jurídico-normativos se inspiraron en las exigencias de la moral crítica o ideal y se han convertido en normas de derecho, bien por la costumbre, ora por su adopción o reconocimiento en el derecho positivo (constitución o ley), ellos son el origen o fundamento de las normas y en definitiva la causa del derecho positivo, a cuya noción es propia la idea de principalidad, es decir, la de primacía de los principios sobre las normas e igualmente, la de dinamismo potencial que les confiere el carácter de valores abiertos que van más allá de la legalidad formal y en cierta manera positivizan los principios de derecho natural, superando los linderos del positivismo jurídico. Son, entonces primeros, prioritarios y principales. El principio ilumina el camino de la norma hacia el fin de la misma en el conjunto armónico del ordenamiento jurídico (Fernández, 1999).

A tal efecto los principios deben entenderse como las normas rectoras de la ley, es decir, desde su consideración debe dibujarse en la realidad la interpretación, valoración, implementación y puesta en práctica de la ley, teniéndolos como el supremo valor que trasciende al propio texto de la norma que orienta en todo sentido la interpretación de la misma y que impone la orientación a la que deben encaminarse las políticas sociales,

²² **Art. 3º:** “El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la constitución de la sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta constitución. La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.”

administrativas y penales que sea pertinente tomar. Por esta razón los principios trascienden el plano de lo estrictamente normativo desde la perspectiva positivista para avanzar hacia una visión axiológica y teleológica que les imprime un carácter de supremacía.

En opinión de Fernández (1999, p.47) se entiende que

“en la medida que los principios expresan valores superiores contienen también las razones últimas para actuar y estas razones poseen sentido ético [...] el principio deviene *fundamentador* de todo lo demás en su campo de aplicación e irreductible a otros enunciados generales del mismo campo. Los principios sirven para explicar las normas y las instituciones, así como la práctica, pero no son explicados sino implicados por éstas. El principio no es propiamente la norma sino el *lumen* que nos permite comprenderla y proyectarla en toda su dimensión dentro del ordenamiento”.

Adicionalmente, la suscripción de la CIDN y el expreso señalamiento de la Constitución venezolana de 1999 de darle carácter constitucional a dicha normativa internacional, reafirma los principios que rigen la materia. Así, en referencia a la DPI, debe afirmarse que en ella no sólo se desarrollan los principios constitucionales pertinentes al área de niños y adolescentes, sino también los principios del texto normativo internacional. Este desarrollo se hace sobre la base de cinco principios que estando dentro de la LOPNA se explanan luego en máximo detalle en el articulado de la ley. Estos principios constitucionales e internacionales obedecen a la vez a la teoría de los derechos fundamentales.

En tal sentido en consonancia con lo señalado anteriormente, si la Constitución venezolana de 1999 como norma básica de constitución y definición del Estado venezolano, señala expresamente que Venezuela es un Estado democrático y social y derecho y justicia; se entiende que su legitimidad como tal pasa por el reconocimiento expreso de los derechos fundamentales así como por la creación de las condiciones para que en los organismos e instancias requeridas sea posible consolidar la efectiva materialización de tales derechos. El avance alcanzado por la teoría del derecho y en particular por el constitucionalismo sustancial y dentro de éste por la doctrina de los derechos fundamentales, se convierten primordialmente en la exigencia para los Estados de desarrollar tales posibilidades.

En el diseño de LOPNA como instrumento normativo especial del área de niños y adolescentes, puede palpase con clara evidencia en qué consiste la limitación del ejercicio del poder del Estado así como la materialización del principio democrático mediante la participación directa de la sociedad y de los niños y adolescentes en las medidas y decisiones que se precisen tomar en relación a ellos. Fenómenos como éste son propios de las democracias pluralistas en las que el proceso de formación de la voluntad política no se circunscribe a los distintos poderes públicos sino que se extiende a una red social en la que operan diferentes grupos de la sociedad civil condicionando de alguna manera las decisiones a tomar.

En estos Estados, no sólo se institucionalizan formas especiales de justicia política que resuelven conflictos de atribución entre las distintas ramas del poder público sino que también se equilibran las decisiones legislativas con los valores establecidos en la constitución (Baldassarre, 2004). Esto puede percibirse sin reserva en el tenaz proceso de creación y diseño de la LOPNA el cual fue expuesto en una sucinta relación de los hechos que le dieron lugar (supra 2).

En este orden de ideas puede señalarse que el articulado de la LOPNA al tiempo que desarrolló *principios constitucionales* y *principios normativos internacionales* también, y por el hecho de constituir en sí misma una ruptura, en relación al viejo modelo de la situación irregular, desarrolló los principios sobre los cuales ella estructura dicho modelo y que leídos de forma integral se conocen bajo el nombre de “Doctrina de la Protección Integral”; a saber: El principio del niño y del adolescente como sujetos de derechos, El principio del interés superior del niño, El principio de prioridad absoluta, El principio de participación y El principio del rol fundamental de la familia.

A su vez estas normas fundamentales son el desarrollo de los principios consagrados en la CIDN en la cual se recogen derechos fundamentales que pueden agruparse en cuatro categorías; contentiva cada una de ellas de los derechos singulares que les son conceptualmente pertinentes: Derecho de supervivencia, Derecho al desarrollo, Derecho a la protección, Derecho a la participación.

Hechos tales señalamientos es pertinente regresar al punto inicial en el que se formularon algunas interrogantes en la idea de procurar un acercamiento a la esencia del

fundamento de la DPI. Evidentemente que no resulta lógico identificar o equiparar desde la perspectiva conceptual la DPI con los principios que la sostienen, toda vez que los principios, siendo entendidos como las directrices que marcan el norte que se debe seguir en la valoración, interpretación, y aplicación de las normas particulares; sirven para mostrar el sustrato sobre el que se apoya el fundamento último o la razón de ser de la DPI, pero no se identifican cualitativamente con ella, porque el principio es la forma en la que la filosofía de pensamiento de la DPI se expresa. Parafraseando a Fernández (1999) en una de las opiniones antes transcritas en relación a que el principio no es la norma sino el sustrato de ésta que nos permite su comprensión y proyección en toda su dimensión, puede señalarse que no es posible equiparar la DPI con los principios que la constituyen, ya que éstos no son sino el vehículo por el cual la DPI se concreta en el mundo normativo, es la forma que ella adopta para mostrarse y presentarse ante los destinatarios de la norma.

Para reafirmar esta idea valga un ejercicio mental en el que supongamos que se agregan, un par de principios más, a los que ya existen en la LOPNA. Podremos percatarnos de que no se producen modificaciones en el fondo o en el sustrato de la DPI. Identificar principios de la DPI con la DPI significa, por ejemplo, identificar derechos fundamentales del ser humano con el ser humano, lo que no es viable desde el punto de vista lógico. Así, forma de expresión con la materia expresada no tienen identidad lógica porque la primera atiende a la forma y la segunda al contenido.

Finalmente para mostrar la pertinencia de lo que se viene señalando, acotaré la armonía conceptual de los textos normativos a los cuales se ha hecho referencia, a saber: Convención Internacional de los Derechos del Niño, Constitución Venezolana de 1999 y LOPNA.

- **El principio del niño y del adolescente como sujetos de derecho:**

- ✓ CIDN: artículo 2º, I parte.
- ✓ C.V. 1999: artículo 19, artículo 78.
- ✓ LOPNA: artículo 10.

- **El principio del interés superior del niño:**

- ✓ CIDN: artículo 3º ord. 1º.
- ✓ C.V. 1999: artículo 78.

- ✓ LOPNA: artículo 8.
- **El principio de prioridad absoluta:**
 - ✓ CIDN: artículo 2, 3 y 4.
 - ✓ C.V. 1999: artículo 78.
 - ✓ LOPNA: artículo 7.
- **El principio de participación de la sociedad:**
 - ✓ CIDN: artículo 2, 3, 4, y 5.
 - ✓ C.V. 1999: artículo 62 y 78.
 - ✓ LOPNA: artículo 6°.
- **El principio del rol fundamental de la familia:**
 - ✓ CIDN: artículo 18 y 27.
 - ✓ C.V. 1999: artículo 75 y 76.
 - ✓ LOPNA: artículo 5.

Referencias bibliográficas

- Alexy, R (1997). **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona. España. Gedisa.
- Aristóteles. (1998). **Política**. México. Porrúa.
- Baldassarre, A. (2004). **Los derechos sociales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. Matteucci, N., Pasquino, G. (2002). **Diccionario de política (tomo I, 13ª ed)**. Madrid: Siglo XXI.
- Cassirer, E. (2000). **Filosofía de la ilustración**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Costa, F. (1957). **El delito y la pena en la historia de la filosofía**. México D.F.: Tipográfica hispanoamericana.
- Copleston, F (2004). **Historia de la filosofía**. (9 Tomos) Barcelona. España. Ariel.
- Fernández, J (1999). **Principios y normas rectoras del derecho penal**. Bogotá. Leyer.
- Ferrajoli, L. (2001). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta.
- Fioravanti, M. (1996). **Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones**. Madrid: Trotta.
- Giner, S. (1997). **Historia del pensamiento social**. Barcelona, España: Ariel, S.A.
- Hobbes, T (1999). **Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado Eclesiástico Civil**. Madrid. Alianza.

- Locke, J (1983) **Ensayo sobre el gobierno civil**. México: Aguilar.
- _____ (1990) **II Tratado sobre el gobierno civil**. Madrid: Alianza.
- República de Venezuela (1980). **Ley Tutelar del Menor**. Gaceta Oficial N° 2.710. Extraordinaria.
- _____ (1990). **Ley aprobatoria de la convención sobre los derechos del niño**. Gaceta Oficial número 34541 de fecha 29 de agosto.
- República Bolivariana de Venezuela (1999). **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Gaceta Oficial número 36860 de fecha 30 de diciembre de 1999.
- _____ (2000). **Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente**. Gaceta Oficial Número 5266 extraordinario de fecha 02 de octubre de 1998.
- Rivera B., I. (2005). **Principios orientadores del constitucionalismo social**. En: *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas realidades punitivas*. (Coord. Rivera), pp.157 – 218. Barcelona, España: Anthropos.
- Serrano, C. (2000). **Ley orgánica para la protección de niño y del adolescente. Breve historia de un proceso**. En *Introducción a la ley orgánica para la protección de niño y del adolescente* (Coord. Morais de G., M. G.), pp. 27 – 37. Caracas: UCAB.